

MAŁGORZATA BOSZKO*

WYROK EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU
SPRAWIEDLIWOŚCI W SPRAWIE LEITNER'
ODSZKODOWANIE ZA SZKODĘ NIEMATERIALNĄ
ORAZ MODEL ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ
W DYREKTYWIE W SPRAWIE ZORGANIZOWANYCH
PODRÓŻY, WAKACJI I WYCIECZEK²

GŁOSA³

W dniu 12 marca 2002 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (Szósta Izba) orzekł w sprawie Leitner, że art. 5 dyrektywy 90/314/EWG w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek należy interpretować w sposób przyznający

Artykuł zrecenzowany przez dr Iwonę Karasek (Katedra Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego).

* Autorka jest doktorantką Europejskiego Kolegium Doktoranckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00 Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Zb.Orz. 2002, s. I — 02631 (dalej: wyrok ETS) dostępny jest w dwóch wersjach językowych: niemieckiej i angielskiej na stronie internetowej ETS: www.curia.eu.int.

² Dyrektywa Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG), Dz.Urz. 1990, L 158, s. 59 (dalej: dyrektywa 90/314/EWG). Polski tekst dyrektywy 90/314/EWG wraz z wprowadzeniem M. Nesterowicza: *Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich o podróżach turystycznych a prawo polskie* opublikowano w: *Kwartalnik Prawa Prywatnego* (dalej: KPP) 1996, z. 3, s. 603–609 i s. 435–445 odpowiednio.

³ Por. M. Adamczak–Retecka: *Zakres pojęcia „szkoda” w prawie wspólnotowym — glosa do wyroku TS z dnia 12 marca 2002 wydanego w sprawie C-168/00 Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 243–251 oraz U. Walczak: *Uwagi de lege lata i de lege ferenda na temat zasad odpowiedzialności kontraktowej w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dn. 12 marca 2002 w sprawie Simone Leitner v. TUI GmbH & Co*, *Transformacje Prawa Prywatnego* (dalej: TPP) 2006, nr 2, s. 109–129. Por. J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 305 i n.; M. Loos, J. Dickie, G. Arnokouros, A. Wiewiórowska-Domagalska: *ECJ, 12 March 2002, Case C-168/00 Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Compensation for Non-Material Damage under the Directive on Package Travel*, *European Review of Private Law* 2003, nr 1, s. 91–102.

konsumentom, co do zasady, prawo do odszkodowania za szkodę niematerialną, która jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania usług, stanowiących zorganizowaną usługę turystyczną (*package holiday*)⁴.

Poniższy tekst stanowi analizę sprawy Leitner oraz modelu odpowiedzialności odszkodowawczej zawartego w dyrektywie 90/314/EWG, a także zawiera uwagi prawno-porównawcze dotyczące regulacji prawnych zawartych w prawie niemieckim, angielskim, francuskim i polskim oraz porusza kwestię kompetencji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości do dokonywania wykładni abstrakcyjnych pojęć prawnych.

STAN FAKTYCZNY

Dziesięcioletnia Simone Leitner wraz z rodzicami wybrała się na wakacje, które za pośrednictwem austriackiego agenta podróży — KUONI zostały zarezerwowane w TUI Deutschland GmbH & Co. KG (dalej: TUI). Trwające w dniach 4–18 lipca 1997 r. zorganizowane wakacje — „All-Inclusive Aufenthalt” — Simone Leitner wraz z rodzicami spędziła w Robinson Club Pamfiliya (dalej: klub) w Side, w Turcji. Simone Leitner spożywała w klubie wszystkie posiłki i po około ośmiu dniach pobytu wystąpiły u niej, jak również i u innych gości, symptomy zatrucia salmonellą, między innymi wysoka gorączka, biegunka i wymioty. Objawy choroby trwały przez pozostałe dni pobytu w Turcji i zmusiły Simone do pozostawania pod opieką rodziców w hotelu, uniemożliwiając rodzinie korzystanie z wypoczynku.

Po powrocie do Austrii rodzice Simone w jej imieniu wysłali do TUI list, informując o chorobie dziewczynki i domagając się odszkodowania. List pozostał jednak bez odpowiedzi, dlatego też dnia 17 lipca 1998 r. Simone, reprezentowana przez rodziców, wniosła do sądu pozew, domagając się zapłaty odszkodowania w wysokości 25 000 szylingów austriackich. Roszczenie obejmowało odszkodowanie za doznany ból fizyczny oraz cierpienie („Schmerzensgeld” lub *pretium doloris*), jak również za utraconą przez Simone i jej rodziców przyjemność z wakacji („entgangene Urlaubsfreude”).

Na podstawie § 1325 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, austriackiego kodeksu cywilnego) austriacki sąd pierwszej instancji przyznał Simone Leitner kwotę 13 000 szylingów austriackich jako odszkodowanie za doznany ból fizyczny oraz cierpienie („Schmerzensgeld”) wynikłe z zatrucia pokarmowego, oraz oddalił powództwo, ze względu na brak w prawie austriackim podstawy prawnej, w zakresie jakim dotyczyło ono odszkodowania za poniesioną szkodę niematerialną („immateriellen Schadens”) w związku z utratą przyjemności z wakacji („entgangene Urlaubsfreude”). Sąd zgodził się wprowadzić, że utrata przyjemności z wa-

⁴ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 24.

kacji może stanowić szkodę niemajątkową, jednakże stwierdził, iż na gruncie prawa austriackiego, ze względu na brak wyraźnego przepisu, nie ma możliwości przyznania z tego tytułu odszkodowania. Paragraf 1325 ABGB przewiduje jedynie odszkodowanie za doznany ból fizyczny oraz cierpienie, nie przewiduje natomiast takiego odszkodowania w przypadku utraty przyjemności z wakacji.

Powódka złożyła apelację od powyższego wyroku do Landesgericht w Linz, zaskarżając wyrok w części oddalającej powództwo. Sąd apelacyjny zgodził się z sądem pierwszej instancji co do interpretacji prawa austriackiego, ale stwierdził, że zastosowanie art. 5 dyrektywy 90/314/EWG może prowadzić do innego rozwiązania⁵. Ze względu na fakt, że art. 5 dyrektywy 90/314/EWG nie precyzuje dostatecznie definicji *szkody*⁶, sąd apelacyjny zawiesił postępowanie i zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o rozstrzygnięcie tej kwestii przez wydanie orzeczenia wstępnego (*preliminary ruling*), kierując następujące pytanie prawne:

Czy art. 5 dyrektywy 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek należy interpretować jako przyznający konsumentom prawo do odszkodowania za poniesioną szkodę niematerialną, powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż?

PRZEBIEG POSTĘPOWANIA

STANOWISKA UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA

Zdaniem Simone Leitner możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną wynika z treści art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG, zgodnie z którym na wypadek szkody innej niż uszkodzenie ciała, wynikłej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania usług objętych imprezą, państwa członkowskie mogą

⁵ Landesgericht w Linz powołał się na orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wydane w sprawie C-355/96, *Silhouette International Schmied* [1998] ECR I-4799, paragraf 36, w którym ETS orzekł, że ze względu na fakt, iż dyrektywy nie mogą być bezpośrednim źródłem uprawnień lub obowiązków jednostek, sąd krajowy jest zobowiązany do interpretowania przepisów prawa krajowego zgodnie z postanowieniami i celem dyrektywy (zasada pośredniego skutku; *indirect effect*). Ponadto, Landesgericht zaobserwował, że w takich samych okolicznościach prawo niemieckie wyraźnie przewiduje możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niemajątkową (utratę przyjemności z wakacji), gdy podróż została udaremniona lub poważnie utrudniona. Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 11 i 12.

⁶ Odmienne rozwiązanie przyjęte zostało w dyrektywie w sprawie zbliżania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe z dnia 25 lipca 1985 r. (dalej: dyrektywa 85/374/EWG). Dyrektywa ta zawiera wyraźnie określoną definicję pojęcia *szkody*, która znajduje jednak zastosowanie jedynie w zakresie jej dotyczącym. Adwokat Generalny Tizzano zinterpretował pojęcie *szkody* użyte w dyrektywie 90/314/EWG między innymi przy zastosowaniu argumentu *a contrario* w stosunku do definicji *szkody* zawartej w dyrektywie 85/374/EWG. Zob. *Opinion of Advocate General Tizzano* z 20 września 2001 r. w sprawie *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co KG* (dalej: *opinia Adwokata Generalnego*), pkt 34–36.

dopuszczać w rozsądnych granicach umowne ograniczenie wysokości odszkodowania. Z takiego sformułowania treści art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG wynika, że dyrektywa 90/314/EWG w sposób ukryty zakłada istnienie prawa do odszkodowania za szkodę niematerialną.

Strona pozwana (TUI) oraz rządy Austrii, Francji i Finlandii stały na stanowisku, że dyrektywa 90/314/EWG jako instrument harmonizacji prawa państw członkowskich Unii Europejskiej zapewnia jedynie minimalny stopień ochrony konsumenta nabywającego zorganizowaną usługę turystyczną. W konsekwencji, wszystko co nie zostało w dyrektywie 90/314/EWG wyraźnie uregulowane, w szczególności pojęcie szkody, pozostaje zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej w kompetencji państw członkowskich⁷.

Rząd belgijski uznał, że ogólne i nieograniczone użycie terminu „szkoda” w treści art. 5 (2) dyrektywy 90/314/EWG sugeruje, iż pojęcie to należy rozumieć szeroko, a w konsekwencji ustawodawstwo państw członkowskich implementujących postanowienia dyrektywy 90/314/EWG powinno dopuszczać możliwość przyznania odszkodowania za wszelkiego rodzaju szkodę, w tym szkodę niematerialną.

Również Komisja Europejska w zaprezentowanym stanowisku wskazała, że pojęcie szkody użyte jest w dyrektywie 90/314/EWG bez najmniejszych ograniczeń. Komisja Europejska zauważyła ponadto, że zwłaszcza w przypadku podróży turystycznych szkoda inna niż uszkodzenie ciała jest często występującym zjawiskiem, oraz że w dzisiejszych czasach duże znaczenie ma możliwość spokojnego spędzenia urlopu. Odpowiedzialność za szkodę niemajątkową inną niż uszkodzenie ciała i cierpienie jest uznana w większości państw członkowskich Unii Europejskiej, chociaż zakres i warunki tej odpowiedzialności różnią się w szczegółach. Zdaniem Komisji Europejskiej nie jest możliwe restryktywne interpretowanie ogólnego pojęcia szkody użytego w dyrektywie 90/314/EWG i wykluczenie z jego zakresu szkody niemajątkowej.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Europejski Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na zadane pytanie prawne twierdząco, stwierdzając, że art. 5 dyrektywy należy interpretować w sposób przyznający konsumentom, co do zasady, prawo do odszkodowania za szkodę niematerialną, która jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania usług, stanowiących zorganizowaną usługę turystyczną („package holiday”)⁸.

⁷ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 16.

⁸ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 24.

W swoich rozważaniach Europejski Trybunał Sprawiedliwości skupił się przede wszystkim na dwóch kwestiach.

Po pierwsze, Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że z ust. 2 i 3 preambuły dyrektywy 90/314/EWG jasno wynika, że celem regulacji zawartych w dyrektywie 90/314/EWG jest wyeliminowanie rozbieżności pomiędzy krajowymi porządkami prawnymi państw członkowskich, które ograniczają swobodę świadczenia usług turystycznych oraz zakłócają konkurencyjność podmiotów gospodarczych usługi te świadczących⁹. W sferze zorganizowanych usług turystycznych („package holiday”) rozbieżności te wynikają z faktu, że tylko niektóre spośród państw członkowskich Unii Europejskiej przewidują możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną¹⁰.

Istnienie rozbieżności w przepisach dotyczących ochrony konsumenta w poszczególnych państwach członkowskich powstrzymuje konsumentów od dokonywania zakupu imprez turystycznych w innych niż własny kraj państwach członkowskich Unii Europejskiej¹¹. Czynniki ten ma istotny wpływ na podejmowanie decyzji o zakupie usługi turystycznej w innym niż własne państwie członkowskim, a jego znaczenie jest zdecydowanie większe niż w przypadku nabywania innych usług. Dzieje się tak ze względu na szczególny charakter usług stanowiących zorganizowaną imprezę turystyczną, które wymagają wydatkowania znacznych kwot pieniędzy z góry, oraz fakt, że wykonanie usług następuje w państwie innym niż to, w którym konsument ma stałe miejsce zamieszkania¹².

Po drugie, Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że: „(...) dyrektywa, a w szczególności artykuł 5 ma na celu zapewnienie ochrony konsumentom, a w przypadku zorganizowanych usług turystycznych odszkodowanie za szkodę niematerialną wynikającą z utraty przyjemności z wakacji jest szczególnie ważne dla konsumentów”¹³. Choć sformułowanie to nie zostało oparte na żadnym konkretnym przepisie dyrektywy 90/314/EWG, wydaje się ono właściwe ze względu na fakt, że zwłaszcza w dziedzinie podróży turystycznych szkoda inna niż szkoda na osobie występuje dość często. Ponadto, stwierdzenie to pozostaje w zgodzie ze sformułowaną we wtórnym prawie wspólnotowym zasadą ochrony pewności i zaufania konsumentów¹⁴. Argument przedstawiony w tej kwestii przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości dotyczy sformułowań zawartych w ust. 2 i 4 art. 5 dyrektywy 90/314/EWG. Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG odnosi się miano-

⁹ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 20.

¹⁰ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 21.

¹¹ Ust. 8 preambuły dyrektywy 90/314/EWG.

¹² Ust. 10 preambuły dyrektywy 90/314/EWG.

¹³ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 22. Tłumaczenie własne — w oryginale: „(...) the Directive, and in particular Article 5 thereof, is designed to offer protection to consumers and, in connection with tourist holidays, compensation for nonmaterial damage arising from the loss of enjoyment of the holiday is of particular importance to consumers”.

¹⁴ Zob. np. pkt 5 preambuły dyrektywy 1999/44/EWG z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. L 171, 07/07/1999, s. 12–16).

wicie do odpowiedzialności za szkodę w ujęciu ogólnym, natomiast ust. 4 zezwala na ograniczenie wysokości odszkodowania „na wypadek szkody innej niż uszkodzenie ciała”. Jak to podkreślił Trybunał: „(...) dyrektywa w sposób ukryty rozpoznaje istnienie prawa do odszkodowania za szkodę inną niż uszkodzenie ciała, w tym za szkodę niematerialną”¹⁵.

KOMENTARZ

Związłe orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wydane w sprawie *Leitner* jest niezwykle ważne, ponieważ stanowi potencjalnie pierwszy krok na drodze do stworzenia prawdziwie europejskiej definicji pojęcia szkody¹⁶. Choć większość komentatorów zafascynowanych potwierdzonym przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości wymogiem jednolitej interpretacji pojęcia *szkody* zignorowała poważny problem kompetencji Trybunału do dokonania wykładni abstrakcyjnych pojęć prawnych: *curia communitalis locuta, causa finita*, to wśród przedstawicieli doktryny słychać było również głosy krytykujące Europejski Trybunał Sprawiedliwości za przekroczenie swych kompetencji¹⁷. Lakoniczność orzeczenia może sugerować, że wszystkie istotne zagadnienia zostały omówione w przedstawionej przez Adwokata Generalnego opinii. Z tego względu zasadne wydaje się również przeanalizowanie jej treści w dalszej części artykułu.

PODSTAWY PRAWNE

Rozmiar kompetencji do stanowienia prawa przyznaných Wspólnocie na mocy art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) został przeanalizowany przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu *Tobacco Advertising*¹⁸. Europejski Trybunał Sprawiedliwości anulował dyrektywę 98/43/EWG¹⁹, orzekając, że została ona błędnie przyjęta jako środek harmonizacji na podstawie art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE). Trybunał w swym orzeczeniu wyraził restrykcyjny pogląd, zgodnie z którym,

¹⁵ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 23. Tłumaczenie własne — w oryginale: „(...) the Directive implicitly recognises the existence of a right to compensation for damage other than personal injury, including non-material damage”. Jednak zdaniem niektórych autorów w odniesieniu do zakresu kompensacji decydujące znaczenie powinny mieć przede wszystkim rozwiązania przyjęte w prawie krajowym. Por. M. Szpunar, *Protecting the interests of the citizen in today's European Union*, Travaux du CERIC, Bruxelles 2003, s. 170 i n.

¹⁶ Por. K. Tonner: *Anmerkung*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (dalej: ZEuP) 2003, s. 623 i n.

¹⁷ Zob. O. Remien: *Die Vorlagepflicht bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (dalej: RabelsZ) 66, z. 2–3 (2002), s. 503, 528 oraz R. Doehner: *Anmerkung*, Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (dalej: EuZW) 2002, s. 340–341.

¹⁸ Sprawy połączone C-376/98 i C-74/99, Niemcy v. Parlament Europejski i Rada Europejska (*Germany v. European Parliament and Council* [2000] ECR I-8419).

¹⁹ Dyrektywa 98/43/EWG [Directive 98/43 OJ 1998 L 213/9], tzw. Tobacco Advertising Directive.

aby dyrektywa mogła zostać przyjęta na podstawie art. 95 TWE (dawnego art. 100a TWE) „(...) konieczne jest zweryfikowanie, czy Dyrektywa rzeczywiście przyczynia się do wyeliminowania przeszkód (...), do wolności świadczenia usług i usunięcia zakłóceń w swobodnej konkurencji”²⁰.

Ustęp 3 preambuły dyrektywy 90/314/EWG rzeczywiście mówi o tym, że „przepisy prawa krajowego państw członkowskich dotyczące zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (...) wykazują wiele rozbieżności, a praktyka poszczególnych państw w tej dziedzinie znacznie się różni, co ogranicza swobodę świadczenia usług tego rodzaju oraz powoduje zniekształcenia konkurencji pomiędzy podmiotami gospodarczymi mającymi siedzibę w różnych państwach członkowskich”. „Jednakże poza tym żadne inne wytłumaczenie nie zostało przedstawione, [a] sam Trybunał wyraźnie uznaje sprawę — w zakresie jakim dotyczy ona odszkodowania za szkodę niematerialną — jako mniej lub bardziej oczywistą (...)”²¹. Biorąc pod uwagę fakt, że szkoda niematerialna występuje często, istnienie zróżnicowanych przepisów rzeczywiście „może powodować istotne zakłócenie konkurencji”²². Należy jednak zastanowić się, czy zakłócenie konkurencji jest zjawiskiem występującym tylko wtedy, gdy podmioty gospodarcze, mające swoje siedziby w różnych państwach członkowskich, będą konkurować w różnych warunkach na jednym i tym samym rynku.

W odniesieniu do odszkodowania za szkodę niematerialną w zakresie zorganizowanych usług turystycznych istotne znaczenie mają postanowienia konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r.²³ Zgodnie z art. 5 (5) konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych art. 5 (1)–(3) znajduje zastosowanie do umów, które za łączną cenę zapewniają połączenie podróży i zakwaterowania. W konsekwencji takiego sformułowania „pasywny konsument”, nabywający od organizatora podróży w kraju swojego zamieszkania zorganizowaną usługę turystyczną, jest chroniony przez obowiązkowe przepisy (*mandatory provisions*) konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Bez znaczenia pozostaje w tym przypadku fakt, czy organizator podróży jest podmiotem krajowym czy zagranicznym oraz czy doszło do wyboru prawa zgodnie z zasadą swobody umów czy też strony związane są zgodnie z art. 3 konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych prawem kraju miejsca zamieszkania konsumenta. W związku z tym, że obowiązkowe przepisy chroniące konsumenta znajdują zawsze zastosowanie, zakłóceniu konkurencji zapobiega odpowiednie zastosowanie właściwych norm kolizyjnych.

²⁰ Wyrok ETS w sprawie Tobacco Advertising [przyp. 19], pkt 95.

²¹ W.H. Roth: *Case law*, Case C-168/00, Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Judgement of 12 March 2002 (Sixth Chamber), ECR 2002, I-2631, Common Market Law Review 40 (2003), s. 943. Tłumaczenie własne; w oryginale: „However, beyond that no explanations are given, and the Court itself obviously regards the issue — as concerns compensation for non-material damage — as more or less self-evident (...)”.

²² Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 21.

²³ Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations podpisana w Rzymie 19 czerwca 1980, O.J. 1980, L 226/1.

Sytuacja wygląda jednak odmiennie w przypadku „aktywnego konsumenta”, który poszukuje zorganizowanej usługi turystycznej na rynku innego niż własne państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Konsument jest wtedy pozbawiony ochrony, jaką zapewniają przepisy obowiązkowe kraju jego miejsca zamieszkania (art. 5 (2) i (3) konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych). Do tej pory nie zostały jednak przedstawione żadne poważne argumenty, na podstawie których należałoby stwierdzić, że różnice między prawem poszczególnych państw członkowskich prowadzą do zakłócenia konkurencji. W ust. 9 preambuły dyrektywy 90/314/EWG znajdujemy odniesienie do nieco innego aspektu pewności konsumenta nabywającego zorganizowaną usługę turystyczną. Chodzi mianowicie o to, że rozbieżności w przepisach chroniących konsumentów w poszczególnych państwach członkowskich odstraszały konsumentów z jednego państwa członkowskiego od „aktywnego” dokonywania zakupu imprez turystycznych w innym państwie członkowskim. Stwierdzenie to nie zostało jednak poparte istotnymi dowodami. Jednakże, gdyby nawet uznać jego słuszność, należy zastanowić się, czy art. 95 TWE stanowi wystarczającą podstawę zapewnienia ochrony konsumentowi. Ochrona konsumenta mogłaby polegać na zapewnieniu minimalnego stopnia ochrony, który przysługuje mu zgodnie z przepisami kraju własnego miejsca zamieszkania. Jeżeli art. 95 TWE stanowiłby podstawę przyjęcia tego rodzaju legislacji chroniącej konsumenta, byłoby to wielkim osiągnięciem i stanowiło krok na drodze do praktycznie nieograniczonej możliwości regulacji rynku wewnętrznego²⁴.

W orzeczeniu Tobacco Advertising Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że środki przyjęte przez Wspólnotę na podstawie art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) muszą *naprawdę* mieć na celu poprawienie warunków ustanawiania i funkcjonowania rynku wewnętrznego²⁵. „Jedynie znalezienie różnic w prawie pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi” i „abstrakcyjne ryzyko” przeszkód w wykonywaniu podstawowych wolności nie było wystarczającym powodem dla uzasadnienia przyjęcia legislacji. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) mógłby zostać użyty jako podstawa prawna przyjęcia legislacji, która miałaby zapobiec pojawieniu się „przyszłych”, związanych z istnieniem różnych regulacji prawnych w poszczególnych państwach członkowskich, przeszkód w należyтым funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. Takie „przyszłe” przeszkody musiałyby być jednak „prawdopodobne”. Niemniej powstaje mimo wszystko problem oceny „prawdopodobieństwa” zaistnienia takich przeszkód.

²⁴ Por. S. Weatherill: *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis*, 497 *European Business Law Review* (2002), s. 497–515.

²⁵ W przypadku gdy przyjęte przez Wspólnotę środki rzeczywiście mają na celu poprawienie warunków funkcjonowania rynku wewnętrznego, art. 95 TWE może stanowić podstawę prawną do przyjęcia takiej legislacji. Zob.: ETS sprawa C-491/01, *British American Tobacco*, [2002] ECR I-11453 oraz opinia Adwokata Generalnego Geelhoed w tej sprawie.

Należy stwierdzić zatem, że ze względu na przeniesienie ograniczonych kompetencji przez państwa członkowskie na Unię Europejską, Parlament Europejski działający wspólnie z Radą w wyniku inicjatywy Komisji Europejskiej na podstawie art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) nie posiada obecnie jurysdykcji do uchwalenia kompleksowego i w pełni wiążącego prawodawstwa. Przepis art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) nie nałożył bowiem na Wspólnotę generalnego uprawnienia do regulowania rynku wewnętrznego.

INTERPRETACJA ART. 5 (2) DYREKTYWY 90/314/EWG

Zarówno Europejski Trybunał Sprawiedliwości, jak i Adwokat Generalny Tizzano posługują się argumentem, zgodnie z którym odniesienie do „szkody innej niż uszkodzenie ciała”²⁶ stanowi wyraźne wskazanie, że dyrektywa 90/314/EWG w sposób ukryty „(...) rozpoznaje istnienie prawa do odszkodowania za szkodę inną niż uszkodzenie ciała, w tym szkodę niematerialną”²⁷. Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości tylko w ten sposób może zostać osiągnięta pełna skuteczność dyrektywy 90/314/EWG, gdyż zlikwidowane zostaną zakłócenia konkurencji powstające w wyniku odmiennej interpretacji pojęcia szkody przez sądy poszczególnych państw członkowskich²⁸. Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił przy tym stanowczo, że zakłócenie konkurencji wynikające jedynie z faktu, iż tylko niektóre państwa członkowskie przyjęły surowsze regulacje, osiągając tym samym wyższy poziom ochrony konsumenta, muszą zostać zaakceptowane²⁹. Zewnętrzne granice wyznacza w tym zakresie w szczególności swoboda przepływu towarów i świadczenia usług.

Przedstawiony argument nie wydaje się jednak w pełni przekonujący. „Szkoda inna niż uszkodzenie ciała może odnosić się do uszkodzenia mienia (bagaż), ekonomicznej straty powstałej w wyniku uszkodzenia ciała lub naruszenia własności, albo czystej straty ekonomicznej”³⁰. To, czy odszkodowanie obejmuje szkodę materialną (utrata lub naruszenie mienia, strata materialna) czy również szkodę niematerialną, jest kwestią nieuregulowaną wyraźnie w treści art. 5 (2) dyrektywy 90/314/EWG, a sam Europejski Trybunał Sprawiedliwości nie uzasadnia, dlaczego

²⁶ Art. 5 (2) ust. 4 dyrektywy 90/314/EWG.

²⁷ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 23.

²⁸ Pojęcie szkody oraz jego zakres jest różnie interpretowane w państwach członkowskich, co wyraźnie wykazało przeprowadzone przez Parlament Europejski badanie: „Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code” (PE 168.511, s. 56), cytowane m.in. we wprowadzeniu do Komunikatu o europejskim prawie umów (Dz.Urz. UE z 13 września 2001 r., C 255, s. 1) [Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398 final, 11.07.2001, (OJ 2001/C 255/01)].

²⁹ Opinia Adwokata Generalnego [przyp. 6], pkt 22.

³⁰ W.H. Roth: *Case law, Case C-168/00, Simone Leitner v. TUI...*, op. cit., s. 945. Tłumaczenie własne; w oryginale: „Damage other than personal injury may refer to damage with regard to property (luggage), economic loss either caused by personal injury or an infringement of property, or pure economic loss”.

zaliczył do szkody innej niż uszkodzenie ciała także szkodę niematerialną polegającą na utracie przyjemności z wakacji. Stwierdza jedynie, że „szkody niematerialne są częstym zjawiskiem w tym zakresie”. Wydaje się, że zwykle wyróżnienie szkody, innej niż uszkodzenie ciała, nie powinno stanowić podstawowego argumentu na rzecz twierdzenia, że odszkodowanie powinno obejmować co do zasady również szkodę niematerialną, w szczególności szkodę za utratę przyjemności z wakacji³¹.

Ponadto Adwokat Generalny Tizzano zinterpretował pojęcie szkody użyte w dyrektywie 90/314/EWG między innymi przy zastosowaniu argumentu *a contrario* w stosunku do definicji szkody³² zawartej w art. 9 dyrektywy o odpowiedzialności za produkty wadliwe (dyrektywa 85/374/EWG)³³. Dyrektywa 85/374/EWG zawiera ogólną definicję szkody, nie dokonując tym samym podziału na szkodę materialną i niematerialną. Na tej podstawie Adwokat Generalny doszedł do wniosku, że ogólne sformułowanie definicji szkody w art. 9 dyrektywy 85/374/EWG było zamierzone³⁴. Adwokat Generalny podkreślił również, że dyrektywa 85/374/EWG nie określa szczegółowych warunków przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną, poddając tę kwestię prawu poszczególnych państw członkowskich (art. 9 zd. 2 dyrektywy 85/374/EWG). Fakt ten nie powinien stanowić argumentu przeciwko szerokiemu zakresowi pojęcia szkody, gdyż również warunki przyznania odszkodowania za szkodę materialną podlegają regulacjom prawnym poszczególnych państw członkowskich³⁵. Wydaje się jednak, że zastrzeżenie zawarte w treści art. 9 zd. 2 dyrektywy 85/374/EWG („Przepisy niniejszego artykułu nie naruszają przepisów prawa krajowego odnoszących się do szkody niematerialnej”) ma nieco odmienny charakter. Podkreślić należy, że dyrektywa 85/374/EWG jest oparta na zasadzie całkowitej harmonizacji. Zastrzeżenie zawarte w art. 9 zd. 2 dyrektywy 85/374/EWG ma raczej na celu wyjaśnienie, że zasada całkowitej harmonizacji nie ogranicza uprawnień państw członkowskich do przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną.

³¹ Por. R. Doehner: *Anmerkung*, EuZW (2002), s. 340–341; K. Tonner, B. Lindner: *Immaterieller Schadensersatz und der EuGH*, Neue Juristische Wochenschrift (dalej: NJW) 20 (2002), s. 1475–1476; M. Karollus: *Entgangene Urlaubsfreude und Reisen „à la carte” — Zwei EuGH-Entscheidungen zur Pauschalreise-Richtlinie*, Juristische Blätter (dalej: JBl.) 2002, s. 556–570.

³² Podkreślić należy, że art. 9 dyrektywy 85/374/EWG definiuje pojęcie szkody jedynie na potrzeby art. 1 omawianej dyrektywy.

³³ Dyrektywa z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie zbliżania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe (85/374/EWG); dalej: dyrektywa o odpowiedzialności za produkty wadliwe.

³⁴ Opinia Adwokata Generalnego [przyp. 6], pkt 35.

³⁵ Opinia Adwokata Generalnego [przyp. 6], pkt 33.

KONSEKWENCJE WYROKU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI W SPRAWIE LEITNER DLA AUSTRII

Zgodnie z przedstawioną przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie Leitner definicją pojęcia szkody i potwierdzoną w nim możliwością przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną wynikającą z umowy o podróż, polegającą w szczególności na utracie przyjemności z wakacji, austriacki sąd (Landesgericht w Linz) został zobowiązany do podjęcia próby przeprowadzenia zgodnej z dyrektywą 90/314/EWG wykładni i interpretacji odnoszących postanowień ustaw zapewniających ochronę konsumenta, tak aby roszczenie odszkodowawcze przeciwko organizatorowi podróży zostało odpowiednio uzasadnione.

Zgodnie z art. 249 TWE dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest skierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Oznacza to, że dyrektywy co do zasady nie mogą być bezpośrednim źródłem uprawnień lub obowiązków jednostek³⁶. Europejski Trybunał Sprawiedliwości odrzucił w swoim orzecznictwie możliwość przyznania dyrektywom bezpośredniego horyzontalnego skutku, tj. w stosunkach prawnych między jednostkami, polegającego na bezpośrednim odwołaniu się do postanowień dyrektywy w celu uzasadnienia roszczenia jednostki przeciwko innej jednostce³⁷.

W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że sąd austriacki nie powinien dojść do wniosku, że uczucie zawodu i braku satysfakcji z powodu utraconej przyjemności z wakacji kategoryzowane jako szkoda niematerialna może podlegać kompensacji *tylko i wyłącznie*, jeżeli wyraźny przepis prawa austriackiego przewiduje możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną tego rodzaju. Wynikałoby z tego bowiem, że nie jest możliwa zgodna z dyrektywą 90/314/EWG wykładnia postanowień prawa austriackiego, do której dokonania zobowiązany został właśnie sąd austriacki w wyroku w sprawie Leitner. W takim przypadku mogłaby być brana pod uwagę tylko odpowiedzialność państwowa Austrii³⁸. Jednak takie rozwiązanie jest oczywiście nieprawdopodobne.

Ponadto, poza obowiązkiem dokonania przez sąd austriacki zgodnej z dyrektywą 90/314/EWG wykładni prawa austriackiego, na ustawodawcy austriackim ciążył obowiązek wprowadzenia do prawa krajowego jasnych i jednoznacznych przepisów regulujących kwestię wynikającej z umowy odpowiedzialności za szko-

³⁶ Od tej ogólnej zasady istnieją jednak istotne wyjątki, będące następstwem braku implementacji norm dyrektywy do porządku prawnego danego państwa członkowskiego, albo dokonania implementacji niepełnej lub spóźnionej. Por. J. Barcz: *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2003, s. 253 i n.

³⁷ Po raz pierwszy ETS wyraził taki pogląd w orzeczeniu dotyczącym skutków dyrektywy o równouprawnieniu kobiet i mężczyzn — por. orzeczenie 152/84 Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Authority, Zb.Orz. 1986, s. 723. Po raz kolejny ETS wypowiedział się w omawianej kwestii w orzeczeniu Faccini Dori, Zb.Orz. 1994, I-3325 (omówienie orzeczenia w: EuZW 1994, s. 498).

³⁸ Por. K. Tonner, B. Lindner: *Immaterieller Schadenersatz...*, op. cit., s. 1476.

dę niemajątkową, tak aby doszło do pełnego transponowania postanowień dyrektywy 90/314/EWG i osiągnięta została tym samym realizacja jej postanowień³⁹. Implementacja postanowień dyrektywy 90/314/EWG została dokonana przez przyjęcie serii przepisów prawnych, spośród których największe znaczenie w omawianym zakresie ma zawarta w § 31b–31f KSchG, tzw. Reiseveranstaltungsvertrag, nowelizacja ustawy o ochronie konsumentów (Konsumentenschutzgesetz)⁴⁰. Natomiast zmiana tych przepisów, mająca na celu dostosowanie prawa austriackiego do postanowień zawartych w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner została dokonana nieco później⁴¹, przez zmianę treści mającego centralne znaczenie w omawianym zakresie § 31e par. 3 zd. 1 KSchG, który obecnie stanowi podstawę roszczenia odszkodowawczego za szkodę niematerialną polegającą na utracie przyjemności z wakacji⁴². Odpowiedzialność organizatora podróży oparta jest na zasadzie winy.

UWAGI PRAWNOPORÓWNAWCZE

Wydaje się, że sentencja wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odnosząca się do możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż przez organizatora lub biuro podróży jest bezpośrednio lub pośrednio potwierdzona przez dotychczasowe orzecznictwo Wspólnoty, odpowiednie konwencje międzynarodowe oraz dokonywane w ustawodawstwie i orzecznictwie państw członkowskich zmiany. Jednakże większość europejskich systemów prawnych odpowiedzialność taką ogranicza nadal tylko do szczególnych przypadków⁴³.

PRAWO NIEMIECKIE

Znaczenie orzeczenia Leitner dla Niemiec

Niemiecki kodeks cywilny (Bürgerliches Gesetzbuch, dalej: BGB) w § 249 zawiera jedną z najistotniejszych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej, zgod-

³⁹ Obowiązek implementowania postanowień dyrektywy 90/314/EWG ciążył na ustawodawcy austriackim już od momentu wejścia w życie układu stowarzyszeniowego Austrii z UE, tj. od 1 stycznia 1994 r., a nie od 1 stycznia 1995 r., kiedy to Austria stała się członkiem UE. O potrzebie dostosowania austriackiego prawa do postanowień dyrektywy 90/314/EWG np.: H. Mayrhofer: *Anmerkung zur Umsetzung der EG-Pauschalreiserrichtlinie*, Zeitschrift für Reisevertrag (dalej: ZfRV) 1995, s. 229 i n.

⁴⁰ KSchG–Novelle 1993, BGBl 247/1993.

⁴¹ ZivRÄG 2004 (BGBl I 91/2003). Nowelizacja weszła w życie 1 stycznia 2004 r.

⁴² „Wenn der Reiseveranstalter einen erheblichen Teil der vertraglich vereinbarten Leistung nicht erbracht hat und dies auf einem dem Reiseveranstalter zurechenbaren Verschulden beruht, hat der Reisende auch Anspruch auf angemessenen Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude”. Zob. P. Bydliński: *Geld statt Urlaubsfreude nun auch in Österreich — zwei Fragen zum neuen § 31e Abs. 3 KSchG*, JBl. 2004, nr 1, s. 66 i 67.

⁴³ Ch. von Bar: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht: Teil 1 und 2*, München 2002, s. 531.

nie z którą osoba ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą zarówno z czynów niedozwolonych (*ex delicto*), jak i z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (*ex contractu*) za całą szkodę (*restitutio in integrum*). Prawo niemieckie zawiera jednak charakterystyczny wyjątek od tej ogólnej zasady, który uregulowany został w § 253 BGB. Zgodnie z tym przepisem zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową (tzw. *Schmerzensgeld*) może być przyznane jedynie w wyraźnie przez ustawę przewidzianych przypadkach: uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia, naruszenia wolności lub samostanowienia w sferze seksualnej. BGB przewiduje obecnie możliwość żądania zadośćuczynienia pieniężnego nie tylko w ramach odpowiedzialności deliktowej, ale również kontraktowej (poprzednio obowiązujący § 847 BGB przewidywał możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niemajątkową jedynie w ramach odpowiedzialności *ex delicto*).

Z punktu widzenia niemieckiego dorobku prawnego orzeczenie w sprawie Leitner ma dużo mniejsze znaczenie, niż to ma miejsce w przypadku sądów austriackich. Potwierdzona w nim została mianowicie ogólna możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną (utrata przyjemności z wakacji) powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o podróż, która przewidziana jest już w niemieckim kodeksie cywilnym w § 651f BGB.

Punktem wyjścia dyskusji o możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną w Niemczech było orzeczenie Sądu Federalnego (Bundesgerichtshof, BGH) z 1956 r. (tzw. Seereise-Fall)⁴⁴. Pozwanym w omawianej sprawie nie był jednak organizator podróży, tylko niemiecki urząd celny, z winy którego bagaż podróżnych udających się na śródziemnomorski rejs wycieczkowy pozostał na lądzie. Z tej przyczyny niemieckie małżeństwo powodów dysponowało podczas dwutygodniowego rejsu jedynie ubraniami, w które byli ubrani pierwszego dnia podróży. Sąd, stwierdzając, że małżeństwo nie uzyskało pełnej wartości wykupionej wycieczki, uznał, iż niedogodności i irytacja powodów uniemożliwiające czerpanie przyjemności z wakacji stanowiły szkodę materialną⁴⁵. W wyroku BGH przyznał żonie 200 DM (marek niemieckich), a mężowi 100 DM tytułem odszkodowania⁴⁶.

Natomiast w tzw. orzeczeniu Grado z 1973 r.⁴⁷ Bundesgerichtshof odmówił przyznania odszkodowania za szkodę majątkową. W omawianej sprawie powód planował spędzić w Wenecji urlop, grając w golfa. W czasie podróży samochód powoda został zniszczony w wypadku drogowym, uniemożliwiając mu dalszą jazdę. Powód spędził urlop na polu campingowym. BGH w sprawie Grado ograniczył swoje wcześ-

⁴⁴ BGH, NJW 1956, s. 1234.

⁴⁵ Por. K. Tonner (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 1997, s. 1561 oraz U. Magnus: *Damages for non-economic loss: German Developments in a comparative perspective*, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, No 3 (Jul., 1990), s. 678.

⁴⁶ Kwestia braku równości wysokości przyznanego odszkodowania nie zostanie w tym miejscu dalej rozwinięta.

⁴⁷ BGHZ 60, 214, NJW 1973, 747.

niejsze rozstrzygnięcie z 1956 r. (Seereise–Fall), stwierdzając, że w przypadku Seereise urlop powodów w wyniku utraty przez nich bagażu nie był wart tyle, ile za niego zapłacili, podczas gdy w przypadku Grado powód nie poczynił jeszcze żadnych wydatków urlopowych, a wskutek wypadku jego plany zostały jedynie pokrzyżowane⁴⁸.

Przełomowym wyrokiem, w którym potwierdzona została możliwość przyznania odszkodowania za utratę przyjemności z wakacji jako szkodę materialną powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o podróż, było orzeczenie Bundesgerichtshof z 1974 r. (tzw. Rumänien — Entscheidung)⁴⁹. BGH rozpoznał istnienie wartości majątkowej utraconego urlopu i orzekł, że miernikiem odszkodowania jest wydatek, jaki osoba pracująca musi ponieść na zakup „dodatkowego” lub „zastępczego” urlopu, tj. zmniejszenie wysokości zarobków. Ze względu na sposób określenia wysokości odszkodowania, roszczenie o naprawienie szkody powstałej w wyniku nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o podróż mogło być podniesione jedynie przez osoby pracujące zarobkowo. Jednakże BGH zaliczył do tych osób również gospodynie domowe, tłumacząc, że poprzez swoją pracę poniekąd także one zarabiają, zwiększając „dochody rodziny” (tj. mężów)⁵⁰.

Orzeczenie Bundesgerichtshof z 1974 r. (Rumänien — Entscheidung) było tak istotne, że znalazło odzwierciedlenie we wprowadzonej w 1979 r. do niemieckiego kodeksu cywilnego szczególnej regulacji zawartej w § 651f⁵¹ ust. 2 BGB⁵², która w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy o podróż, polegającym na jej udaremnieniu lub znacznym utrudnieniu, a w szczególności na utracie przyjemności z wakacji, przyznała konsumentom prawo do wystąpienia z roszczeniem o przyznanie odpowiedniego odszkodowania pieniężnego⁵³. Jednakże wraz z wprowadzeniem omawianej regulacji pojawiło się istotne zagadnienie, czy odszkodowanie przyznane na podstawie § 651f BGB obejmuje tylko szkodę majątkową (tj. utrzymuje dotychczasowe rozwiązanie, w którym krąg osób uprawnionych do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym był ograniczony do osób pracujących zarobkowo), czy też stanowi podstawę roszczenia o naprawienie szkody niematerialnej (hipotetycznie niezależnej od braku zarobków), rozszerzając tym samym krąg podmiotów uprawnionych do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym.

⁴⁸ Por. K. Tonner (w:) *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1561.

⁴⁹ BGH VII ZR 231/73, wyrok z dnia 10 października 1974 r. — BGHZ 63, 98; NJW 1975, 40.

⁵⁰ Por. K. Tonner (w:) *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1561.

⁵¹ Ze względu na sposób sformułowania przepisów regulujących umowę o podróż (*Reisevertrag*) w BGB, § 651f BGB może być postrzegany jako jeden z ustawowych wyjątków, o których mowa w § 253 BGB, ponieważ zgodnie z treścią tego przepisu zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową może być przyznane jedynie w wypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie.

⁵² § 651a–m BGB, które w niemieckim prawie regulują umowę o podróż (*Reisevertrag*), nie zostały w omawianym zakresie zmienione dokonaną reformą prawa zobowiązań (*das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* vom 26.11.2001, *dBGB I* 2001; ustawa weszła w życie 1 stycznia 2002 r.). Pewnych zmian dokonano w § 651a, 651d, 651g, 651e, 651i BGB.

⁵³ Zob. komentarz J. Eckerta do § 651f ust. 2 BGB (w:) J. Staudinger: *Kommentar zum BGB* (2001).

Już z pierwszego wyroku BGH wydanego w 1982 r.⁵⁴, w którym rozstrzygnięcie sprawy oparte zostało na § 651f BGB, wynika skłonność sądu do szerokiego ujmowania odpowiedzialności odszkodowawczej. Wprawdzie Bundesgerichtshof nie określił w swym orzeczeniu, jakiego rodzaju szkodę — materialną czy niematerialną — miał na myśli, pozostawiając tę kwestię otwartą, to jednak podkreślił wyraźnie możliwość swobodniejszego wymiaru odszkodowania, tj. nieograniczającego się jedynie do osób pracujących zarobkowo, i przyjął cenę podróży (*Reisepreis*) jako właściwe kryterium ustalenia wysokości odszkodowania na podstawie § 651f BGB.

W następnych latach sądy niemieckie przyznawały poszkodowanym podróżnym, których wypoczynek został zmarnowany w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż, odszkodowanie pieniężne w wysokości mniej lub bardziej zbliżonej do wartości utraconych dni podróży (*Resterholungswert*)⁵⁵.

MODEL ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ W § 651F BGB ORAZ ART. 5 UST. 2 DYREKTYWY 90/314/EWG

§ 651f BGB

Roszczenie oparte na § 651f ust. 1 BGB — w przeciwieństwie do roszczenia wynikającego z § 651c–e BGB — wymaga istnienia winy organizatora podróży jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej. Zgodnie z § 276 ust. 1 BGB dłużnik ponosi odpowiedzialność za umyślne oraz nieumyślne (niebaldstwo) działanie i zaniechanie (*Vorsatz und Fahrlässigkeit*). Z winą nieumyślną (*Fahrlässigkeit*) mamy do czynienia, gdy dłużnik nie wykonuje ciężącego na nim zobowiązania zgodnie z wymaganą w stosunkach danego rodzaju starannością (§ 276 ust. 2 BGB). Ponadto, zawinienie osób świadczących usługi na rzecz organizatora podróży zostanie zasadniczo przypisane właśnie jemu, gdyż ponosi on odpowiedzialność za osoby, którymi posługuje się przy wykonaniu powierzonych czynności (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka). Tego rodzaju odpowiedzialność, mimo że nie może zostać wyłączona, to zgodnie z § 651h BGB podlega pewnym ograniczeniom.

Z § 651f ust. 1 BGB wynika domniemanie winy organizatora podróży. Może się on zwolnić z odpowiedzialności, jedynie dowodząc, że niewykonanie zobowiązania wynikającego z umowy o podróż jest następstwem okoliczności, za które ani on, ani żadna z osób, którymi posługuje się przy wykonaniu swojego zobowiązania, odpowiedzialności nie ponosi⁵⁶.

Uregulowana w § 651f BGB implementacja postanowień dyrektywy 90/314/EWG nie jest jednak dokładnym odzwierciedleniem regulacji w niej zawartej. Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG przewiduje bowiem wyraźne ograniczenie

⁵⁴ BGH, wyrok z dnia 23 września 1982 r. — LM nr 2, NJW 1983, 35.

⁵⁵ BGH, wyrok z dnia 20 stycznia 1987 r. — VI ZR 182/85, NJW 1988, 1350.

⁵⁶ Zob. komentarz J. Eckerta do § 651f BGB (w:) J. Staudinger: *Kommentar zum BGB* (2001).

okoliczności egzoneracyjnych, na które organizator podróży może powoływać się w celu zwolnienia się z odpowiedzialności. Przede wszystkim organizator podróży może zwolnić się dowodem braku winy, a poza tym istnieniem: zaniedbań spowodowanych przez konsumenta, zaniedbań osób trzecich, których nie można było przewidzieć lub uniknąć, a także siłą wyższą i „zdarzeniem, którego organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej lub usługodawca, nawet zachowując należytą staranność, nie mógł przewidzieć lub im zapobiec”. Takie sformułowanie zawarte w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG odpowiada definicji należytej staranności zawartej w § 276 ust. 2 BGB i nic nie wskazuje na to, aby dyrektywa 90/314/EWG przewidywała jakieś ostrzejsze wymagania w tym względzie⁵⁷.

Jednakże nawet obecne uregulowanie § 651f BGB jest chronione przez ogólną zasadę zgodnej z dyrektywą wykładni postanowień prawa krajowego i dlatego też w razie jakichkolwiek wątpliwości treść § 651f BGB należy interpretować zgodnie ze sformułowaniami i celami dyrektywy 90/314/EWG. Oznacza to, że zwolnienie się organizatora podróży od odpowiedzialności na podstawie § 651f BGB będzie możliwe tylko, jeżeli przynajmniej jedna z trzech wymienionych w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG przesłanek zostanie spełniona.

Stwierdzić należy zatem, że dyrektywa 90/314/EWG nie ogranicza bardziej niż § 651f BGB, wymagający istnienia winy jako przesłanki odpowiedzialności, możliwości zwolnienia się przez organizatora podróży od odpowiedzialności (*Entlastungsmöglichkeit*).

Art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG

Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG zawiera klauzulę generalną, która przyznaje konsumentowi prawo do odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nie wynika z winy organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej ani z winy innego usługodawcy, a jest wynikiem:

- zaniedbań, które ujawnią się w trakcie wykonywania umowy, spowodowanych przez konsumenta,
- takich zaniedbań, które spowodowane są przez stronę trzecią, niezwiązaną ze świadczeniem usług objętych umową i których nie można było przewidzieć ani uniknąć,
- braków spowodowanych siłą wyższą (...) lub zdarzeniem, którego organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej lub usługodawca, nawet zachowując należytą staranność, nie mógł przewidzieć lub im zapobiec.

Sformułowanie art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG wskazuje wprawdzie na odpowiedzialność na zasadzie winy, jednakże sama treść przepisu zawiera w sobie

⁵⁷ Por. K. Tonn: *Entlastungsbeweis des Reiseveranstalters bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung*, NJW 2005, nr 7, s. 420.

wyraźną sprzeczność, która wywołuje wiele problemów interpretacyjnych⁵⁸. Chodzi mianowicie o to, że gdyby nie zapoczątkowana przez wyrażenie „chyba że” regulacja wyjątków określających okoliczności wyłączające odpowiedzialność, z pierwszej części art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG wynikałaby odpowiedzialność obiektywna⁵⁹. Nie byłoby to jednak zgodne z zawartym w ust. 17 preambuły dyrektywy 90/314/EWG odniesieniem do winy jako przesłanki odpowiedzialności.

W tym miejscu przywołać należy orzeczenie BGH z 9 listopada 2004 r. (tzw. Reitunfall)⁶⁰, które jest niezwykle ważne z tego względu, że sąd krajowy nie zadał pytania wstępnego Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości, uznając kwestię odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG jako jasną i jednoznaczną (doktryna orzecznicza *acte clair*⁶¹). Zdaniem Bundesgerichtshof w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG chodzi zdecydowanie o odpowiedzialność na zasadzie winy, z domniemaniem istnienia winy po stronie organizatora podróży. Kwestia ta nie jest jednak tak jednoznaczna dla przedstawicieli doktryny, jak była dla BGH, a samo sformułowanie treści art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG dostarcza argumentów zarówno na poparcie twierdzenia o istnieniu odpowiedzialności obiektywnej⁶², jak również opartej za zasadzie winy⁶³. Wydaje się jednak, że chodzi właśnie o odpowiedzialność na zasadzie winy, w przeciwnym wypadku dyrektywa 90/314/EWG w art. 5 ust. 2 w ogóle nie posługiwałaby się słowem „wina”. Z tego też względu katalog okoliczności egzoneracyjnych zawartych w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG nie powinien być postrzegany jako zamknięty⁶⁴.

Innym orzeczeniem zasługującym w tym miejscu na uwagę jest wyrok wydany w dniu 13 czerwca 2001 r. przez brytyjski Court of Appeal w sprawie Hone v. Going Places Leisure Travel Ltd.⁶⁵ Sprawa dotyczyła odpowiedzialności biura podróży (*travel agent*), a nie organizatora podróży (*tour operator*)⁶⁶, za wypadek (uraz krę-

⁵⁸ Por. F. Zoll: *UN-Kaufrecht und Common Frame of Reference im Bereich der Leistungsstörungen: Ein Beitrag aus der Perspektive der Acquis Group*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2007, nr 1, s. 243.

⁵⁹ Zwolennicy odpowiedzialności obiektywnej przekonują, że słowo „wina” nie zostało użyte w treści art. 5 dyrektywy 90/314/EWG jako element ustanawiający odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, lecz jedynie jako element wymienionych w tym przepisie okoliczności egzoneracyjnych, na podstawie których organizator może zwolnić się z odpowiedzialności.

⁶⁰ BGH, wyrok z dnia 9 listopada 2004 r. — X ZR 119/01, NJW 2005, 418 i n.

⁶¹ Por. wyrok ETS w sprawie Srl CILFIT i Lanificio di Gavarda SpA v. Ministerstwo Zdrowia, ECR 1982, s. 3415, omówiony w polskiej literaturze przez J. Skrzydłę: *Doktryna „acte clair” w orzecznictwie Trybunału Wspólnot Europejskich i sądów państw członkowskich Unii Europejskiej*, Państwo i Prawo (dalej: PiP) 1998, z. 1, s. 49 i n.

⁶² Zob.: K. Tonner: *Entlastungsbeweis...*, op. cit., s. 420; M. McDonald: *Revisiting organiser liability under the Package Travel Directive. Part two*, (2003) International Travel Law Journal, s. 211–225; E. Łętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 336.

⁶³ Zob. F. Zoll: *UN-Kaufrecht und Common Frame of Reference...*, op. cit., s. 243.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 244. Odmienncie: E. Łętowska: *Europejskie prawo...*, op. cit., s. 337.

⁶⁵ Hone v. Going Places Leisure Travel Ltd. [2001] EWCA Civ 947, którego orzeczenie znalazło również odzwierciedlenie w późniejszym wyroku County Court w sprawie Grahame v. JMC Holidays, jak odnotowano w Field Fisher Waterhouse Briefing Articles–Spring 2002.

⁶⁶ Kwestia tego, czy pozwani działali jako biuro podróży czy też jako organizator podróży, miała istotne znaczenie w postępowaniu przed High Court, który orzekł, że pozwani „przedstawili się” jako organizator podróży i z tego właśnie względu byli potencjalnie odpowiedzialni za niewykonanie umowy.

goshupa, jakiego doznał Gerard Hone), do którego doszło podczas, będącej wynikiem informacji o podłożeniu bomby, ewakuacji z samolotu.

W omawianej sprawie sąd musiał rozstrzygnąć dwa sporne zagadnienia: czy reg. 15 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations z 1992 r.⁶⁷ przewiduje odpowiedzialność obiektywną (*strict liability*) oraz czy fakt, że to powód musi dowieść istnienia winy po stronie biura podróży (*travel agent*) na podstawie reg. 15 Package Tavel Regulations, jest zgodny z dyrektywą 90/314/EWG. Sąd orzekł, że zgodnie z reg. 15 (2) to właśnie na powódzie ciążył obowiązek udowodnienia nienależytego wykonania zobowiązania (*improper performance*), tj. wykazania, że odniesione przez niego uszkodzenia ciała (*injury*) są wynikiem zawinionego działania lub zaniechania podmiotów świadczących usługi w ramach zorganizowanej wycieczki. Wykazanie nienależytego wykonania zobowiązania stanowiącego *breach of contract* jest możliwe poprzez odwołanie się do postanowień łączącej strony umowy. Ze względu na fakt, iż w łączącej strony umowie nie było żadnych szczególnych postanowień nakładających na biuro podróży (*travel agent*) absolutną odpowiedzialność (*strict liability*), to zobowiązanie powinno być wykonane z zachowaniem należytej staranności (*reasonable skill and care*) i w związku z tym należy wykazać winę organizatora podróży, biura podróży lub innego podmiotu świadczącego usługi (*fault-based liability*). „Odpowiedzialność nie była zatem absolutna, czy też ścisła, podlegająca wyjątkom”⁶⁸. Sąd podkreślił, że pomimo istnienia w omawianym przepisie zależnych od winy okoliczności egzoneracyjnych, powód powinien był wykazać winę biura podróży (*travel agent*).

Podkreślić należy ponadto, że w samej dyrektywie 90/314/EWG uregulowana została jeszcze jedna podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej. Artykuł 4 ust. 7 dyrektywy 90/314/EWG stanowi mianowicie podstawę roszczenia odszkodowawczego w przypadku, gdy po rozpoczęciu podróży znacząca część usług objętych imprezą turystyczną nie została zrealizowana lub organizator przewiduje, że nie będzie w stanie znacznej ich części zrealizować. Stosownie do okoliczności organizator jest wtedy zobowiązany do zapłaty odszkodowania z tytułu różnicy pomiędzy usługami oferowanymi a tymi, które zostały zrealizowane. W tym przypadku mamy zdecydowanie do czynienia z odpowiedzialnością obiektywną. W sformułowaniu art. 4 ust. 7 dyrektywy 90/314/EWG nie znajdziemy bowiem żadnego odniesienia czy też wykorzystania słowa „wina”. Wobec tak odmiennego uregulowania

⁶⁷ Statutory Instruments Number 3288 of 1992; dalej: Package Travel Regulations.

⁶⁸ Zob. [przyp. 67], „Liability was thus not absolute or strict, subject to exceptions”. Po uchwaleniu Package Travel Regulations panowało zgodne przeświadczenie, że przez takie a nie inne sformułowanie treści reg. 15 Package Travel Regulations doszło do istotnej zmiany, w wyniku której organizatorzy podróży ponoszą teraz swojego rodzaju kwalifikowaną odpowiedzialność obiektywną (*qualified strict liability*), przez co należy rozumieć fakt, iż ich odpowiedzialność została rozszerzona poza odpowiedzialność na zasadzie winy, ale nie jest ona również pełną odpowiedzialnością obiektywną (*full strict liability*). Por. Saggerson [2001] ITLJ, s. 116; Atherton: *Tour Operator's Responsibility for Package Holidays: Common Law takes the EC Directive Model Global*, [1996] TLJ, s. 90; McDonald: *Revisiting Organiser Liability under the Package Travel Directive*, [2003] ITLJ, s. 131; D. Grant, S. Mason: *Holiday Law*, wyd. 4, London 2007, s. 126.

w art. 4 ust. 7 dyrektywy 90/314/EWG obiektywnej odpowiedzialności odszkodowawczej, wydaje się, że rzeczywiście w art. 5 ust. 2 mamy do czynienia z odpowiedzialnością na zasadzie winy. Fakt odmiennego uregulowania tych dwóch rodzajów odpowiedzialności w tym samym instrumencie prawnym może stanowić dodatkowy argument dla przyjęcia, że art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG przewiduje zależną od istnienia winy odpowiedzialność.

W nauce przyjmuje się zasadniczo, że odpowiedzialność odszkodowawcza uregulowana w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG jest oparta na zasadzie winy, a zawarte w tym przepisie wyliczenie okoliczności zwalniających od odpowiedzialności jest jedynie przykładowe.

COMMON LAW

W systemie *common law* podstawowym środkiem przyznawanym stronie poszkodowanej w wyniku niewykonania umowy jest odszkodowanie (*damages*). Wynika to z faktu, że w tradycyjnym ujęciu szkoda powstała w wyniku *breach of contract* rozumiana jest w czysto materialnym ujęciu⁶⁹. *Stricte* kompensacyjny charakter odszkodowania wyrażony jest w stwierdzeniu, że „zasadą w systemie *common law* jest postawienie strony, która w wyniku niewykonania umowy poniosła szkodę, tak dalece jak można to osiągnąć za pomocą pieniędzy, w takiej samej sytuacji, w odniesieniu do odszkodowania, jak gdyby umowa została wykonana” (*Robinson v. Harman*)⁷⁰ (*restitutio in integrum*). Odszkodowanie takie jest bezsprzecznie dostępne w przypadku szkody materialnej⁷¹. Natomiast możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną (*non-pecuniary loss*) taką jak ból fizyczny (*pain*), cierpienie (*suffering*) czy cierpienie psychiczne (*mental distress*) pozostaje nadal kwestią niepewną, wywołującą wiele wątpliwości⁷² zarówno w orzecznictwie sądów⁷³, jak i w doktrynie⁷⁴.

⁶⁹ Por. E. McKendrick: *Breach of Contract and the Meaning of Loss*, Current Legal Problems (1999), s. 53 i n. oraz E. McKendrick, K. Worthington: *Damages for Non-Pecuniary Loss* (w:) E. McKendrick, N. Cohen (red.): *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford and Portland, Oregon (2005), s. 287 i n.

⁷⁰ *Robinson v. Harman* (1848) LR 1 Exch. 850, 855. Tłumaczenie własne; w oryginale: „(...) the rule of the common law is, where a party sustains loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed”.

⁷¹ *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd. v. Underground Electric Railways Co of London Ltd.* (1912) AC 673, s. 679.

⁷² *Branchett v. Beaney* (1992) 3 All ER 910, s. 916. „(...) the authorities are not wholly consistent”.

⁷³ Por. chociażby: *Hayes v. James and Charles Dodd* [1990] 2 All ER 815; *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421; *Knott v. Bolton* (1995) 11 Const LJ 375; *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* [1996] AC 344; *Farley v. Skinner* [2001] UKHL 49, [2002] 2 AC 732; *Johnson v. Gore Wood & Co* [2002] 2 AC 1; *Johnson v. Unisys Ltd.* [2001] UKHL 13, [2003] 1 AC 518; *Hamilton Jones v. David & Snape (a firm)* [2003] EWHC 3147 (Ch), [2004] 1 All ER 657.

⁷⁴ Por. [przyp. 69] oraz A. Tattenborn: *Non-Pecuniary Loss: The Right Answer but Bad Reasoning*, 2 Journal of Obligations and Remedies (2003), s. 94 i n.; C. Mitchell: *Promise, Performance and Damages for Breach of Contract*, 2 Journal of Obligations and Remedies (2003), s. 67 i n.; E. Enonchong: *Breach of Contract and Dama-*

Na początku XX w. w Wielkiej Brytanii odmawiano możliwości przyznania odszkodowania za cierpienie będące konsekwencją niewykonania zobowiązania wynikającego z umowy (*Groom v. Crocker*⁷⁵). W następnych latach przyjęto odmienne podejście i uznawano możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną (*McCall v. Abelesz*⁷⁶). Z ostatnich orzeczeń sądów wynika jednak, że co do zasady nie ma możliwości przyznania odszkodowania za cierpienie psychiczne (*mental distress*) powstałe w wyniku niewykonania umowy (*Watts v. Morrow*⁷⁷)⁷⁸. Jednakże od tak surowej ogólnej reguły przewidziane zostały pewne wyjątki dotyczące określonych rodzajów umów pozwalające na przyznanie odszkodowania za szkodę niematerialną, które jednak w dalszym ciągu traktować należy jako wyjątek niż ogólną regułę kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej⁷⁹.

Niektórzy przedstawiciele doktryny⁸⁰ są zdania, że możliwość przyznania odszkodowania za cierpienie psychiczne (*mental distress*) powinna być niezależna od rodzaju łączącej strony umowy i oparta na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej, z jej normalnymi ograniczeniami⁸¹. Choć takie podejście jest zgodne z regułą określoną w sprawie *Robinson v. Harman*⁸², to jednak pozostaje w sprzeczności z ostateczną, ogólną zasadą ukształtowaną przez House of Lords w sprawie *Addis v. Gramophone Co Ltd.*⁸³, zgodnie z którą w systemie *common law* nie ma możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną powstałą w wyniku niewykonania umowy⁸⁴. Z tego względu orzeczenie w sprawie *Addis* stanowi istot-

ges for Mental Distress, 16 Oxford Journal of Legal Studies (1996), s. 617 i n.; B. Jackson: *Injured Feelings Resulting from Breach of Contract*, 26 International and Comparative Law Quarterly (1977), s. 502 i n.; E. MacDonald: *Contractual Damages for Mental Distress*, 7 Journal of Contract Law (1994), s. 134 i n.

⁷⁵ *Groom v. Crocker* (1939) 1 KB 194.

⁷⁶ *McCall v. Abelesz* (1976) QB 585.

⁷⁷ *Watts v. Morrow* (1991) 1 WLR 1421.

⁷⁸ *Blis v. South East Thames R.H.A.* [1987] ICR 700. Por. B. Jackson: *Injured Feelings Resulting from Breach of Contract*, 26 International and Comparative Law Quarterly (1977), s. 502 i n.; E. MacDonald: *Contractual Damages for the Mental Distress*, 7 Journal of Contract Law (1994), s. 134 i n.; A. Tettenborn: *Non-Pecuniary Loss...*, *op. cit.*, s. 95.

⁷⁹ Por. E. McKendrick, K. Worthington: *Damages for Non-Pecuniary Loss*, *op. cit.*, s. 289.

⁸⁰ A. Burrows: *Remedies for torts and breach of contract*, 2 wyd., 1994, s. 237.

⁸¹ N. Enonchong: *Breach of Contract...*, *op. cit.*, s. 618.

⁸² Zob. [przyp. 70].

⁸³ *Addis v. Gramophone Co Ltd.* (1909) AC 488 (HL). Jednakże zasada ta wydaje się o wiele starsza. Już w sprawie *Hamlin v. Gt. N. Ry. Co* (1856) 1 H & N 408 sąd orzekł, że poirytowany pasażer czekający na opóźniony pociąg nie był uprawniony do odszkodowania i przyznał jedynie 5\$ ze względu na poniesione przez niego dodatkowe wydatki.

⁸⁴ E. MacDonald, *Contractual Damages...*, *op. cit.*, s. 134 i n. Jednakże, jak dowodzi w swoim artykule N. Enonchong, *Breach of Contract...*, *op. cit.*, s. 620 i n., samo orzeczenie w sprawie *Addis* nie powinno stanowić przeszkody, dla której w systemie *common law* nie ma możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną. W orzeczeniu *Addis* House of Lords przyznał powodowi odszkodowanie za utracone w wyniku niewykonania umowy (*breach of contract*), polegające w tym przypadku na uniemożliwieniu wykonywania pracy) zarobki oraz prowizję od sprzedaży, odmówił jednak przyznania odszkodowania za krzywdę moralną i utratę reputacji spowodowane „obcesowym” i „upokarzającym” zwolnieniem z pracy, ze względu na fakt, iż nie były one konsekwencją niewykonania umowy (*breach of contract*), tylko okoliczności towarzyszących samemu zwolnieniu (*circumstance accompanying a breach*). Żaden Lord Justice (sędzia w House of Lords) nie sugerował, że rozwiązanie przedmiotowej kwestii byłoby inne, gdyby szkoda poniesiona przez powoda była szkodą pieniężną. Enonchong przedstawia

ny wyjątek od ogólnej zasady umownego odszkodowania. Sądy, dostrzegając potrzebę złagodzenia surowej reguły ustanowionej przez House of Lords w sprawie *Addis*, stworzyły ograniczoną grupę wyjątków, które wyrażają tendencję do poszerzania zakresu obowiązku odszkodowawczego, powodując jednocześnie dalszą niepewność i zamieszanie.

Jeden z wyjątków od zasady wyrażonej w orzeczeniu *Addis*, który sformułowany został w sprawie *Watts v. Morrow*⁸⁵, to grupa spraw kategoryzowana ze względu na przedmiot umowy (tzw. *object of the contract cases*)⁸⁶. W tej kategorii znajdują się sprawy, w których przedmiotem umowy było zapewnienie relaksu podczas wakacji⁸⁷, fotografii ślubnych⁸⁸, wolności od napastowania i molestowania⁸⁹.

Drugi wyjątek obejmuje sprawy, w których cierpienie psychiczne (*mental distress*) i uczucie dyskomfortu są wynikiem fizycznej konsekwencji niewykonania umowy (*Hobbs v. London and South Western Railway Co*)⁹⁰⁹¹.

W sprawie *Watts and Morrow*⁹² rzeczoznawca budowlany nie ujawnił w swoim raporcie wad domu, w którym powodowie zamierzali spędzać wakacje. W konsekwencji powodowie musieli dokonać kosztownych napraw, co sprawiło, że byli oni zawiedzeni, niezadowoleni i zestresowani. Z tych właśnie powodów wystąpili oni z powództwem, domagając się zapłaty odszkodowania za niedogodności oraz cierpienie psychiczne. Sąd zezwolił jednak tylko na roszczenie odszkodowawcze spowodowane dyskomfortem lub niedogodnością, a odrzucił roszczenie o cierpienie psychiczne (*mental distress*), ponieważ nie zgodził się ze stwierdzeniem, że rzeczoznawca budowlany zobowiązał się do zapewnienia powodom „spokoju” (*peace of mind*).

inne powody, dla których w systemie *common law* nie powinno być możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną tego rodzaju.

⁸⁵ Zob. [przyp. 77].

⁸⁶ Bingham LJ w sprawie *Watts v. Morrow* [przyp. 77], s. 1445: „the very object of a contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation”. Zob. również: G.H. Treitel: *The law of contract*, London 1995, s. 892.

⁸⁷ *Stedman v. Swan Tours* [1951], *Jarvis v. Swan Tours* [1973] 1 All ER 71. Sprawa uznawana jest za pierwszą, w której przyznano odszkodowanie za cierpienie psychiczne (*mental distress*), gdy okazało się, że standard hotelu w Szwajcarii okazał się niższy od przyręczonego. Por. jednak: *Feldman v. Airways* [1957] CLY 934, *Jackson v. Horizon Holidays* [1975] 3 All ER 92, *Baltic Shipping v. Dillon* [1993] 111 ALR 289.

⁸⁸ *Diesen v. Samson* [1971] SLT (Sh Ct) 49. Z powodu niewykonania umowy przez fotografa powodowie zostali pozbawieni wspomnień (pamiątki) ze swojego ślubu. Sąd przyznał odszkodowanie tylko za utratę „sentymentalnego pożytku” z fotografii, ponieważ niewykonanie umowy nie spowodowało żadnej straty pieniężnej.

⁸⁹ *Heywood v. Wellers* [1976] 1 All ER 300 — na skutek błędu prawnika, który reprezentował powódkę w sprawie o molestowanie, nie uzyskała ona ochrony prawnej.

⁹⁰ *Hobbs v. London and South Western Railway Co* [1875] LR 10 QB 111. Powodowie (oprócz ceny biletu) uzyskali odszkodowanie za niedogodności i fizyczny dyskomfort spowodowane brakiem dowiezienia ich przez firmę kolejową do właściwego miejsca, będącego celem podróży.

⁹¹ Zob. Bingham LJ w sprawie *Watts v. Morrow* [przyp. 77], s. 1445: „physical inconvenience and discomfort caused by the breach and mental suffering directly related to that inconvenience and discomfort”.

⁹² Zob. [przyp. 77].

Jednakże już w sprawie *Farley v. Skinner*⁹³, w której rzeczoznawca budowlany wyraźnie zapewniał, iż dom znajduje się w spokojnej okolicy, w wyniku apelacji powoda House of Lords przyznał skromną sumę tytułem odszkodowania za niedogodności oraz cierpienie, kiedy dom okazał się znajdować pod wpływem hałasu spowodowanego przez przelatujące w jego pobliżu samoloty. House of Lords stwierdził, że w danej sprawie odszkodowanie mogło zostać przyznane na jednej z dwóch możliwych podstaw. Po pierwsze, w przedmiotowej sprawie istotnym postanowieniem umownym była kwestia wykonania zobowiązania umownego przez rzeczoznawcę budowlanego w sposób zapewniający powodowi „spokój” (*peace of mind*) oraz wolność od cierpień psychicznych (*mental distress*), przy czym zapewnienie powodowi wolności od tego rodzaju uciążliwości nie musi być głównym zobowiązaniem umownym pozwanego, wystarczy, że jest zobowiązaniem istotnym⁹⁴. Odszkodowanie w takim przypadku należy się również w sytuacji, gdy pozwany nie dołożył należytej staranności wymaganej od niego ze względu na posiadaną przez niego wiedzę i umiejętności (*reasonable care and skill*). Po drugie, przedmiotowa sprawa mogła być również zakwalifikowana do grupy wyjątków, w której wyraźnie przewidziana jest możliwość przyznania odszkodowania za fizyczne niedogodności (*physical inconvenience*), gdyż odgłosy przelatujących samolotów powodowały rzeczywisty dyskomfort (*real discomfort*)⁹⁵.

Ponadto, krzywda nie podlega jednak naprawieniu, jeżeli umowa zawierana jest w ramach lub w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą⁹⁶.

Istotne jest również jedno ze stosunkowo niedawnych orzeczeń House of Lords wydane w sprawie *Dunnachie v. Kingston upon Hull City Council*⁹⁷, w którym wyraźnie odmówiono możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną powstałą w wyniku niewłaściwego zwolnienia z pracy (*an unfair dismissal*)⁹⁸.

W świetle powyższych rozważań stwierdzić należy, iż co do zasady w systemie *common law* naruszenie umowy (*breach of contract*) nie daje podstaw do zadośćuczynienia pieniężnego za szkodę niemajątkową. Jednakże w przypadku, gdy w wyniku *breach of contract* dojdzie do wystąpienia szkody w postaci pewnych szczególnych niedogodności, poczucia dyskomfortu, niepokoju, obaw (*inconvenience, loss of amenity, distress, anxiety*), które ze względu na treść łączącej strony umowy nie powinny wystąpić, sąd bierze pod uwagę roszczenie o zadośćuczynienie

⁹³ *Farley v. Skinner* [2001] 3 WLR 899 (HL).

⁹⁴ Zob.: [2001] 2 UKHL 49; [2002] 2 AC 732, s. 746 Lord Steyn, s. 753 Lord Clyde, s. 757 Lord Hutton, s. 768 Lord Scott. W tym właśnie względzie House of Lords nie zgodził się z większością składu sędziowskiego Court of Appeal orzekającego w tej sprawie.

⁹⁵ *Farley v. Skinner* [2001] 3 WLR 899 (HL).

⁹⁶ Tak Lord Staughton w orzeczeniu Court of Appeal z 1988 r. w sprawie *Hayes v. James and Charles Dodd* (a firm) 2 All ER, s. 815.

⁹⁷ [2004] UKHL 34.

⁹⁸ Por. również orzeczenie w sprawie *Johnson v. Unisys Ltd.* [2001] UKHL 13, [2003] 1 AC 518, omówione przez H. Collins: *Recent Cases, Notes, Claim for Unfair Dismissal*, 30 *Industrial Law Journal* (2001), 305–309 oraz następujący po artykule komentarz M. Freeland, 30 *Industrial Law Journal* (2001), 309–311.

obok roszczenia głównego o charakterze majątkowym, przyznając zwykle skromne odszkodowanie⁹⁹. Podkreślić należy równocześnie, że w pewnych sytuacjach subiektywna ocena stopnia wykonania zobowiązania wynikającego z umowy może jednak przekraczać jego wartość rynkową — tzw. nadwyżka konsumencka („consumer surplus” — *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth*¹⁰⁰).

W systemie *common law* widoczna jest wyraźna tendencja do poszerzania zakresu kompensacji krzywdy wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

PRAWO FRANCUSKIE

Rozwiązania dotyczące możliwości przyznania odszkodowania za krzywdę wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przyjęte w prawie francuskim są wyjątkowe w porównaniu z rozwiązaniami innych państw europejskich. W prawie francuskim zasadą jest przyznanie odszkodowania za każdego rodzaju szkodę (*dommage, préjudice*), obejmującą zarówno *damnum emergens* (strata), jak i *lucrum cessans* (utracone korzyści), powstałą w wyniku niewykonania zobowiązania wynikającego z umowy¹⁰¹, z tym zastrzeżeniem, że szkoda musi być natychmiastowym i bezpośrednim następstwem niewykonania zobowiązania¹⁰², a w przypadku gdy niewykonanie zobowiązania nie jest zawinione (*dolus*), ta ogólna zasada podlega dalszemu ograniczeniu, zgodnie z którym szkoda musi być również przewidywalna¹⁰³. W prawie francuskim występuje ponadto wymóg *mise en demeure*, bez którego co do zasady nie należy się żadne odszkodowanie.

Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, na podstawie ogólnych przepisów francuskiego kodeksu cywilnego, wyraźnie i w szerokim zakresie dopuszczają obecnie możliwość kompensacji zarówno szkody materialnej (*dommage matériel*), jak również szkody niematerialnej (*dommage moral*)¹⁰⁴, tj. między innymi krzywdy także w ramach odpowiedzialności kontraktowej¹⁰⁵. Jednym z powodów takiego podejścia

⁹⁹ Por. też: The Law Commission Report No 257, *Damages for Non-Pecuniary Loss* (1999) omówiony również przez T. Weira (w:) *A Casebook On Tort*, wyd. 9, London 2000.

¹⁰⁰ *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* [1996] AC 344 HL.

¹⁰¹ Art. 1149 francuskiego kodeksu cywilnego (Code civil).

¹⁰² Art. 1151 francuskiego kodeksu cywilnego (Code civil).

¹⁰³ Art. 1150 francuskiego kodeksu cywilnego (Code civil).

¹⁰⁴ Odszkodowanie takie zostało przyznane: za naruszenie reputacji aktorki, gdy teatr, w którym miała występować, wydrukował plakaty reklamujące spektakl z jej imieniem i nazwiskiem napisanymi za małą czcionką w stosunku do uzgodnionej w umowie (Trib. com. Seine 20.02.1932; Gaz. Pal. 1932.1.895); za cierpienie krewnych zmarłego związane z nienależytym wykonaniem pochówku przez grabarza (Trib. Seine 20.12.1932, S. 1933.2.44). Również cierpienie spowodowane śmiercią konia, do której doszło w wyniku niewykonania umowy, stanowi przykład kompensacji szkody niematerialnej (Civ. 16.01.1962, D. 1962.199, S. 1962.281, JCP 1962.II.12447).

¹⁰⁵ Zob. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette: *Droit civil, Les obligations*, Paris 2002, s. 541; M. Safjan: *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.): *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Zakamycze 2004, s. 259 i 262.

do możliwości kompensacji szkody niematerialnej jest fakt, że odszkodowania za szkodę niematerialną (*dommage moral*) można bez problemów dochodzić w ramach odpowiedzialności deliktowej¹⁰⁶.

W tym miejscu podkreślić należy, że właśnie takie rozwiązanie, przyznające wierzycielowi prawo do kompensacji szkody niemajątkowej wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego, uzyskało zdecydowane poparcie w ramach prac nad cywilnoprawnymi regulacjami o charakterze międzynarodowym i znalazło *expressis verbis* odzwierciedlenie — jako ogólna zasada — zarówno w 7.4.2 pkt 2 Zasad UNIDROIT¹⁰⁷, jak również Zasad Europejskiego Prawa Kontraktowego¹⁰⁸.

PRAWO POLSKIE

W prawie polskim dominował i nadal dominuje pogląd wywodzący się z regulacji zawartej w art. 157 § 3 k.z., na podstawie którego zadośćuczynienie za krzywdę można było żądać jedynie w wypadkach wyraźnie przez ustawę przewidzianych¹⁰⁹. Warto podkreślić, że kodeks zobowiązań stwarzał jednak w pewnym sensie możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za krzywdę powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na podstawie art. 242 k.z., który to nakazywał odpowiednie stosowanie do odpowiedzialności kontraktowej przepisów o naprawieniu szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym¹¹⁰. Ze względu na fakt, iż kodeks cywilny nie przewiduje odpowiednika art. 242 k.z., treść przepisów regulujących obecnie zasady odpowiedzialności cywilnej skłania większość przedstawicieli doktryny do reprezentowania poglądu, zgodnie z którym krzywda powstała wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego nie daje w zasadzie podstaw do przyznania zadośćuczynienia w ramach odpowiedzialności *ex contractu*¹¹¹. Za takim ujęciem przemawiać ma przede wszystkim umiejscowienie art. 445 i 448 k.c. w ramach tytułu VI, dotyczą-

¹⁰⁶ H. i L. Mazeaud, A. Tunc: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6ème éd., Paris 1965–83, vol. I, s. 301 i n.

¹⁰⁷ M.J. Bonnel: *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Contract*, 2 nd Enlarged Edition, New York 1997, s. 312.

¹⁰⁸ Ch. von Bar: *Grundregeln des Europäischen...*, op. cit., s. 529.

¹⁰⁹ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 74; A. Mączyński: *Zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę spowodowaną naruszeniem dobra osobistego. Geneza, charakterystyka i ocena obowiązującej regulacji* (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.): *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, op. cit., s. 231, 233.

¹¹⁰ W doktrynie wskazywano, że krzywda może zostać naprawiona tylko i wyłącznie wtedy, gdy wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło do uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia, pozbawienia życia, pozbawienia wolności lub obrazy czci. Zob. R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 360.

¹¹¹ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 74; Z. Radwański: *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2001, s. 266.

cego czynów niedozwolonych, z czego wyprowadza się wniosek, iż możliwość przyznania zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę możliwa jest tylko i wyłącznie w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej¹¹².

Polski kodeks cywilny, podobnie jak czynił to kodeks zobowiązań, posługuje się ogólnym pojęciem „szkoda”¹¹³, wyznaczając jedynie precyzyjny zakres obowiązku odszkodowawczego¹¹⁴. Ze względu na brak legalnej definicji tego pojęcia, przy podejmowaniu próby jego wyjaśnienia, bardzo często jako punkt wyjścia do dalszej dyskusji przedstawiciele doktryny odwołują się do potocznego rozumienia pojęcia szkody. Takie podejście nie jest jednak wystarczające, co wyraźnie potwierdza wyrażana w orzecznictwie i judykaturze potrzeba uściślenia tego terminu. Zasadniczo pojęcie szkody rozumiane jest jako uszczerbek określonej osoby w jej prawnie chronionych¹¹⁵ dobrach lub interesach, i na co zwracają uwagę niektórzy autorzy, jeżeli z mocy prawa wynika obowiązek ich naprawienia¹¹⁶. Z takiego rozumienia pojęcia szkody wynika, że możliwe jest występowanie również takich uszczerbków, w odniesieniu do których prawo nie nakłada obowiązku odszkodowawczego (tzw. szkody pozaprawne). Ze szkodą w rozumieniu prawnym mamy do czynienia, gdy poszkodowany został dotknięty uszczerbkiem wbrew swojej woli¹¹⁷. Takiemu podejściu zarzuca się, że nie uwzględnia ono sytuacji, gdy uszczerbek, który nie powstał wbrew woli poszkodowanego, rodzi obowiązek odszkodowawczy¹¹⁸. Chodzi tu między innymi o sytuacje, w których poniesione zostały wydatki w celu zmniejszenia szkody czy też działania w cudzym interesie (art. 438 k.c.), a także koszty i wydatki składające się na pojęcie szkody w granicach ujemnego interesu umownego (art. 387 k.c.), albo zgodę uprawnionego, która nie zawsze będzie wyłączać bezprawność działania sprawcy. Kwestią zakresu pojęcia szkody zajmował się również stosunkowo niedawno Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 4 grudnia 2001 r.¹¹⁹ stwierdził, że każdy uszczerbek w dobrach prawnie chronionych

¹¹² A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 74; M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie za „zmarowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, z. 10, s. 75.

¹¹³ R. Longchamps de Berier: *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, wyd. II, Lwów 1939; wyd. anastatyczne, Poznań 1999, s. 229: „Szkodą jest każdy uszczerbek, majątkowy lub niemajątkowy, dotyczący osobę bez prawnego usprawiedliwienia. Jest to potoczne znaczenie wyrazu szkoda, którym posługuje się też k.z., uważając definicję szkody w kodeksie za zbłądną”.

¹¹⁴ Por. art. 157 k.z.

¹¹⁵ Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2005, s. 89; W. Czachórski: *Zobowiązania — zarys wykładu*, Warszawa 1995, s. 72.

¹¹⁶ T. Dybowski: *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Ossolineum 1981, s. 214.

¹¹⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 89; T. Wiśniewski: (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2002, s. 69 oraz M. Sośniak: *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, *Prace Prawnicze UJ* 1959, z. 6, s. 127–172; A. Szpunar: *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1990, nr 1.

¹¹⁸ T. Dybowski: *System...*, op. cit., s. 216.

¹¹⁹ SK 18/00, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 256.

(tj. zarówno uszczerbek o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym) jest podlegającym kompensacji elementem szkody¹²⁰.

W judykaturze i doktrynie przeprowadza się rozróżnienie pomiędzy szkodą na mieniu i szkodą na osobie. W tym znaczeniu pojęcie szkody na mieniu odnosi się do uszczerbku, który dotyczy bezpośrednio składników majątku poszkodowanego. Natomiast szkoda na osobie odnosi się bezpośrednio do osoby pokrzywdzonego, jest ona bowiem konsekwencją naruszenia jego dóbr osobistych.

Oczywiście prawdą jest, że zobowiązanie najczęściej służy zaspokojeniu majątkowych interesów wierzyciela, jednakże w ramach instytucji prawa obligacyjnego istnieje również możliwość realizacji wartości niemajątkowych¹²¹. Należałoby się zastanowić w tym miejscu, czy właśnie art. 361 § 2 k.c., pozwalający uwzględnić stronom ich indywidualne potrzeby, nie zapewnia dogodnego rozwiązania omawianej kwestii. Zgodnie z zasadą pełnego odszkodowania¹²² wyrażoną w mającym podstawowe znaczenie dla prawnej konstrukcji szkody art. 361 § 2 k.c. w każdym przypadku zaistnienia odpowiedzialności odszkodowawczej należy uwzględnić szkodę obejmującą stratę (*damnum emergens*) oraz korzyści utracone w wyniku zaistnienia szkody (*lucrum cessans*), jednakże tylko „w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy”. Przepis ten bezspornie przyznaje stronom pierwszeństwo i szerokie kompetencje do umownego kreowania pojęcia szkody. Ustawodawca, nie definiując pojęcia szkody, pozwala tym samym przyjąć, że mieszczą się w nim różne rodzaje uszczerbków, które mogą być następnie kategoryzowane w ramach odpowiedzialności kontraktowej jako strata lub utracone korzyści. Należy zastanowić się jednak, czy nie ma ustawowych przeszkód do umownego zdefiniowania zakresu pojęcia szkody, która, podlegając naprawieniu zgodnie z ogólną regułą odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 471 k.c., mogłaby obejmować również przyznanie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową. Kodeks cywilny przyznaje stronom umowy znaczny stopień swobody w kształtowaniu przesłanek odpowiedzialności kontraktowej¹²³, zezwalając, aby w miejsce rozwiązań ustawowych stosowane były rozwiązania, które w ramach swobody kształtowania umów strony uznały za najlepsze. Wydaje się, że umowne rozszerzenie zakresu pojęcia szkody dokonane w taki sposób, iż obejmowałoby ono również

¹²⁰ Zaskakujący jest jednak fakt, iż Sąd Najwyższy w omawianym orzeczeniu powołał się na art. 361 § 2 k.c., który *expressis verbis* wymienia jako składniki szkody majątkowej stratę i utracone korzyści (*damnum emergens* i *lucrum cessans*), które podlegają kompensacji w formie odszkodowania. Pojęcie szkody stało się również niedawno przedmiotem zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego. Por. wyrok TK z dnia 23 września 2003 r., K 20/02, OTK ZU A 2003, nr 7, poz. 76.

¹²¹ Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 13.

¹²² Zob. L. Stecki: *Zasada pełnej kompensacji szkody. Zagadnienia wybrane* (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 229 oraz B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Zasada pełnego odszkodowania (mity i rzeczywistość)* (w:) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, pod red. M. Pazdana, W. Popiołka, M. Szpunara, Zakamycze 2005, s. 1069 i n.

¹²³ K. Zagrobelny: *O okolicznościach kształtujących odszkodowawczą odpowiedzialność dłużnika* (w:) *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No 2897, Prawo CCC, Wrocław 2006, s. 273 i n.

szkodę niemajątkową, pozostaje w zgodzie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności kontraktowej.

W polskiej doktrynie i judykaturze pojęcie szkody bardzo często utożsamiane jest wyłącznie z majątkowym uszczerbkiem w dobrach i interesach poszkodowanego. Natomiast uszczerbek niemajątkowy określany jest mianem krzywdy, czy też (wężej) krzywdy moralnej, i odnosi się przede wszystkim do przypadków uregulowanych w art. 445 i 448 k.c. Właśnie dla określonych w tych przepisach okoliczności swoista jest instytucja pieniężnego zadośćuczynienia¹²⁴. Należy jednak wziąć pod uwagę sposób sformułowania przepisów stanowiących o krzywdzie jako przesłance dochodzenia zadośćuczynienia pieniężnego. Mianowicie, chodzi o to, że przepisy te przyznają takie uprawnienie *poszkodowanemu*, a nie pokrzywdzonemu. Z tego też względu decydujące znaczenie należy przypisać wykładni systemowej. Nie ulega jednak wątpliwości, że nie każdy rodzaj szkody niemajątkowej jest krzywdą¹²⁵, co zostało jednocześnie wyraźnie potwierdzone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu Leitner. W świetle cytowanego orzeczenia szkoda niematerialna nie powinna być rozumiana jedynie jako krzywda, na którą składa się zarówno krzywda moralna, jak i cierpienie fizyczne, ale również jako obejmująca właśnie wynikającą z nienależytego wykonania umowy utratę przyjemności z wakacji. Z tego samego względu przyjęcie możliwości przyznania „odszkodowania” nie powinno być ograniczone jedynie do szkody majątkowej. Poprawne wydaje się zatem stanowisko, zgodnie z którym ogólne pojęcie szkody obejmuje swoim zakresem zarówno uszczerbki o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym¹²⁶.

Z wyroku Leitner wynika, że omawiane problemy nie są jedynie natury terminologicznej, a dotyczą znacznie ważniejszej kwestii, jaką jest nadrzędność ogólnego pojęcia szkody. Europejski Trybunał Sprawiedliwości poprzez zinterpretowanie zawartego w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG ogólnego pojęcia szkody jako obejmującego swoim zakresem zarówno szkodę materialną, jak i niematerialną przyznał właśnie takiej ogólnej definicji pojęcia szkody wartość nadrzędną. Ogólne pojęcie szkody jest pojęciem normatywnym, natomiast sam termin „szkoda niemajątkowa” ma jak na razie charakter wyłącznie doktrynalny, ponieważ nie każdy jej rodzaj ma charakter prawnie relewantny¹²⁷. Wydaje się jednak, że wprowadzanie dodatkowych podkategorii szkody nie jest zabiegiem zasługującym na aprobatę. Ponadto, ze względu na tendencję do rozszerzania obowiązku odszkodo-

¹²⁴ W literaturze wyrażono również pogląd (J. Rezler), zgodnie z którym nadmierne akcentowanie różnicy znaczeniowej (odszkodowanie *versus* zadośćuczynienie) byłoby sprzeczne ze wspólnym normowaniem wielu istotnych problemów naprawienia szkody bez względu na charakter uszczerbku. Jednakże, jak podkreśla W. Czachórski: *Zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 73: „Argument ten wszakże nie jest rozstrzygający”.

¹²⁵ Według *Słownika języka polskiego* (PWN): „Krzywda: szkoda moralna, wyrządzone niezasłużenie; nieszczęście, niesprawiedliwość, obraza”.

¹²⁶ T. Dybowski: *System...*, *op. cit.*, s. 223–224; Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 90; W. Czachórski: *Zobowiązania...*, *op. cit.*, s. 75.

¹²⁷ Por. U. Walczak: *Uwagi...*, *op. cit.*, s. 116.

wawczego, posługiwanie się właśnie ogólnym pojęciem szkody należy uznać za zasadne¹²⁸.

Polskie prawo nie przewiduje obecnie możliwości przyznania odszkodowania za utratę przyjemności z wakacji (zmarnowany urlop). W przypadku odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.) dłużnik odpowiada jedynie za szkodę majątkową, nie ponosi natomiast odpowiedzialności za szkodę niemajątkową. Reżim odpowiedzialności kontraktowej nie przewiduje roszczenia o zadośćuczynienie. Zarówno orzecznictwo, jak i poglądy doktryny jednoznacznie odrzucają możliwość przyznania takiego odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Stanowisko to należy uznać za dominujące w doktrynie i orzecznictwie. Jednakże w literaturze polskiej nie brakuje również głosów krytykujących takie rozwiązanie, zwłaszcza *de lege ferenda*¹²⁹.

Roszczenie odszkodowawcze powstanie oczywiście w sytuacji, gdy biuro podróży ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o podróż. Roszczenie to ma więc charakter kontraktowy, a odpowiedzialność organizatora podróży jest niezależna od jego winy oraz winy jego kontrahentów i oparta jest na zasadzie ryzyka¹³⁰. Biuro podróży nie ponosi zatem odpowiedzialności, jeżeli udowodni, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o podróż jest spowodowane wyłącznie: działaniem lub zaniechaniem klienta, działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nieuczestniczących w wykonaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć, albo siłą wyższą (art. 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych¹³¹).

Istotnym problemem podkreślanym w literaturze prawnej¹³² jest ocena, do jakiej kategorii należy zaliczyć odszkodowanie za utratę przyjemności z wakacji — czy jest to odszkodowanie za szkodę majątkową, czy niemajątkową?

Większość przedstawicieli doktryny uważa, że roszczenie o odszkodowanie za szkodę w postaci utraty przyjemności z wakacji, zmarnowanego urlopu, utraconego wypoczynku ma charakter niemajątkowy. Dla poparcia takiego stanowiska przytacza się argument braku zmiany w majątku poszkodowanego, gdyż w przypadku utraty przyjemności z wakacji trudno jest ustalić szkodę rozumianą jako uszczerbek w majątku.

¹²⁸ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956, s. 3.

¹²⁹ Por. T. Pajor: *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 136.

¹³⁰ Dyrektywa 90/314/EWG zapewnia minimalny poziom ochrony konsumenta (art. 8), stąd przyjęcie przez ustawodawcę polskiego (podobne rozwiązania przyjęte zostały w większości państw członkowskich UE: por. EC Consumer Law Compendium — Comparative Analysis, pod red. H. Schulte-Nölke, wersja z 12 grudnia 2006 r.) surowszej odpowiedzialności, tj. odpowiedzialności obiektywnej, pozostaje w zgodzie z postanowieniami samej dyrektywy, a co więcej, stanowi wyraz ogólnoeuropejskiej tendencji do mocniejszej ochrony konsumenta.

¹³¹ W Polsce implementacji postanowień dyrektywy 90/314/EWG dokonano przez przyjęcie w dniu 29 sierpnia 1997 r. ustawy o usługach turystycznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268).

¹³² M. Nesterowicz (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, Warszawa 2001, s. 651.

Jeżeli jednak przyjmujemy, że odszkodowanie za utratę przyjemności z wakacji lub wypoczynku powinno mieć charakter niemajątkowy, to pojawia się pytanie, czy poszkodowany może dochodzić zadośćuczynienia pieniężnego. Według ogólnie akceptowanego poglądu przyznanie w takim wypadku zadośćuczynienia pieniężnego jest niemożliwe, ponieważ zadośćuczynienie za doznaną krzywdę przysługuje tylko w ramach odpowiedzialności deliktowej w wypadkach wyraźnie przez ustawę określonych¹³³ i ma charakter fakultatywny¹³⁴. Oznacza to, że przyznanie zadośćuczynienia pieniężnego możliwe jest tylko wyjątkowo — regułą jest bowiem, że naprawieniu podlega jedynie szkoda majątkowa. W myśl art. 445 k.c. sąd może przyznać poszkodowanemu zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę jedynie w trzech sytuacjach: w przypadku uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia (art. 445 § 1 w zw. z art. 444 k.c.), pozbawienia wolności (art. 445 § 2 k.c.) oraz skłonienia do poddania się czynowi nierządному (art. 445 § 2 k.c.). Ponadto art. 448 k.c. przewiduje możliwość przyznania zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego. Taka możliwość istnieje również (na zasadzie wyjątku) na mocy przepisów zawartych w ustawach szczególnych. Jako przykład może służyć art. 19a ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej¹³⁵, który przewiduje możliwość przyznania zadośćuczynienia pieniężnego na podstawie art. 448 k.c. w razie zawinionego naruszenia określonych praw pacjenta¹³⁶. Możliwość przyznania zadośćuczynienia tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie jest jednak obecnie słusznie poddawana krytyce¹³⁷, ponieważ rozwiązanie takie w znaczący sposób zawęża możliwość ochrony interesów niemajątkowych wierzyciela w ramach odpowiedzialności kontraktowej.

Interesujące jest jednak odmienne stanowisko, zyskujące coraz większą akceptację¹³⁸, według którego szkoda, polegająca na utracie przyjemności z wakacji, powinna być kwalifikowana jako szkoda materialna. Pewna forma wypoczynku

¹³³ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 74. Jednakże nie można zgodzić się z wyrażonym dalej (s. 76) stwierdzeniem autora: „Trudno więc zrozumieć, dlaczego należy jeszcze przyznać wierzycielowi uprawnienie do domagania się zadośćuczynienia z powodu ujemnych przeżyć doznanych wskutek niewykonania lub nienależytego zobowiązania. Szkoda majątkowa pochłania w tym wypadku inne elementy doznanej uszczerbku”.

¹³⁴ Art. 445 i 448 k.c. posługują się sformułowaniem: „sąd może przyznać (...) odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę”. Oznacza to, że nawet w razie istnienia krzywdy, przyznanie zadośćuczynienia nie jest obligatoryjne i zależy od uznania i oceny konkretnych okoliczności sprawy przez sąd (tak SN w wyroku z dnia 27 sierpnia 1969 r., I PR 224/69, OSNCP 1970, poz. 110).

¹³⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408).

¹³⁶ Zob. również: M. Nesterowicz, glosa częściowo aprobująca do wyroku Sądu Najwyższego — Izba Cywilna z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04, OSP 2006, z. 2, poz. 20 oraz „MoP Aktualności: Zadośćuczynienie za nienależyte wykonanie umowy”, *Monitor Prawniczy* 2005, nr 2, s. 67–68.

¹³⁷ Por. np. M. Safjan: *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* (w:) M. Pyziak—Szafrnicka (red.): *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, op. cit., s. 255 i n.

¹³⁸ M. Nesterowicz (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, Warszawa 2001, s. 651; T. Dybowski: *System prawa prywatnego. Zobowiązania. Część ogólna*, Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk 1980, s. 237–238.

lub przyjemności w postaci wycieczki lub pobytu na wczasach przybiera bowiem postać świadczenia, którego wartość majątkowa wyrażona jest w cenie zakupu i powinna zostać wynagrodzona w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy¹³⁹.

Jednakże orzecznictwo uznaje za szkodę majątkową jedynie uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia i „(...) konsekwentnie odmawia możliwości uzyskania zadośćuczynienia przy odpowiedzialności za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) umowy”¹⁴⁰, w tym umowy o zorganizowaną usługę turystyczną.

Jednym z najistotniejszych w omawianym zakresie było orzeczenie Sądu Powiatowego dla m.st. Warszawy w sprawie turysty, który wybrał się na zorganizowaną przez Orbis wycieczkę do Soczi¹⁴¹. Podczas pobytu należące do turysty rzeczy zostały skradzione z hotelu. Pomimo zatrzymania złodziei nie udało się odzyskać skradzionego mienia. Sąd w Soczi przyznał turyście odszkodowanie za utracone mienie. Jego urlop był jednak zmarnowany, gdyż część pobytu poświęcił on na wyjaśnienie sprawy kradzieży. Po powrocie do Polski turysta pozwał organizatora wycieczki — Orbis — o odszkodowanie za utracony urlop, twierdząc, że przyznane mu przez sąd w Soczi odszkodowanie nie pokrywa szkody w postaci utraconego urlopu. „Sąd Powiatowy dla m.st. Warszawy w orzeczeniu z 11 listopada 1967 r. (X C 2687/67) kategorycznie stwierdził, że »Żądanie odszkodowania za utracony wypoczynek nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawnych«”¹⁴².

Podobne orzeczenie zapadło w sprawie rodziny S., która wybrała się do Bułgarii na zorganizowane przez Orbis wakacje. Uczestnicy wycieczki ulegli zatruciu pokarmowemu po spożyciu posiłków w wybranej przez organizatora restauracji. Dwie osoby wymagały hospitalizacji, a dwie pozostawały pod opieką lekarską. Oprócz odszkodowania, na które składały się: koszty wycieczki, wydatki na jedzenie oraz rekompensata za uszczerbek na zdrowiu, pozwani domagali się również odszkodowania za utratę przyjemności z wakacji. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 25 lutego 1986 r.¹⁴³ uznał odpowiedzialność Orbisu za działania kontrahenta z art. 474 k.c., stwierdził jednak, że odszkodowanie za utraconą przyjemność z wakacji nie może zostać przyznane na podstawie umowy o usługę turystyczną.

¹³⁹ Pogląd wyrażony przez T. Dybowskiego (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Wrocław–Warszawa 1981, s. 237–243. Przeciwnie: A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, op. cit., s. 70.

¹⁴⁰ E. Łętowska: *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 413.

¹⁴¹ Dokładne omówienie sprawy przedstawione zostało przez A. Wiewiórowską-Domagalską (w:) M. Loos, J. Dickie, G. Amokouros, A. Wiewiórowska-Domagalska, ECJ, 12 March 2002, Case C-168/00 *Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Compensation for Non-Material Damage under the Directive on Package Travel, *European Review of Private Law* 2003, nr 1, s. 100–101.

¹⁴² M. Nesterowicz: *Prawo turystyczne*, Zakamycze 2003, s. 100 oraz tenże: *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, z. 10, s. 75.

¹⁴³ Uchwała SN z dnia 25 lutego 1986 r., III CZP 2/86, OSPiKA 1986, z. 6, z glosą M. Nesterowicza, *Nowe Prawo* 1988, nr 9.

Ponadto pojawiają się propozycje uznania art. 322 k.p.c. jako podstawy prawnej dla przyznania takiego odszkodowania¹⁴⁴. Zgodnie z treścią tego przepisu, jeżeli w sprawie o naprawienie szkody ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nadmiernie utrudnione, sąd, po rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy, może zasądzić odpowiednią sumę według własnego uznania.

Również art. 56 k.c. bywa przywoływany jako możliwa podstawa roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego¹⁴⁵.

Wydaje się również, że art. 11a ustawy o usługach turystycznych nie może stanowić samodzielnej podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej w omawianym zakresie¹⁴⁶, ponieważ przewidziana w nim odpowiedzialność biura podróży za szkody wyrządzone klientom może mieć zarówno charakter kontraktowy, jak i deliktowy. Odpowiedzialność deliktowa zachodzić będzie wtedy, gdy pomimo łączącej strony umowy istnieje prymat odpowiedzialności deliktowej (np. gdy szkoda nastąpiła wskutek oderwania się balkonu w hotelu — art. 434 k.c., czy też gdy w trakcie przewozu autokarem wyrządzono szkodę na osobie lub mieniu — art. 436 § 1 k.c.)¹⁴⁷. Przesłanką odpowiedzialności będzie zatem czyn niedozwolony, którego dopuściło się biuro podróży. Natomiast odpowiedzialność biura podróży za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy ma charakter kontraktowy (oparta jest na art. 471 k.c.), gdyż wynika z łączącej strony umowy¹⁴⁸, a umowa jest kształtowana przez *lex contractus*. Najczęściej dochodzi jednak do zbiegu obu rodzajów odpowiedzialności (art. 443 k.c.). W związku z powyższym, stwierdzić należy, że podstawę roszczenia o zmarnowany urlop powinien stanowić art. 471 k.c.¹⁴⁹

Oparcie roszczenia odszkodowawczego za zmarnowany urlop na art. 471 k.c. prowadzi jednak do powstania sytuacji, w której (zgodnie z wykładnią pojęcia szkody dokonanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu Leitner) zakres przedmiotowej odpowiedzialności odszkodowawczej jest szerszy w przypadku umów o usługę turystyczną, a węższy w pozostałych przypadkach stosunków obligacyjnych. W tym miejscu pojawia się również problem istnienia w ramach odpowiedzialności kontraktowej w polskim (i nie tylko) porządku prawnym tych samych pojęć prawnych, którym prawo przypisuje różne znaczenie. Jest to sytuacja faktyczna, z którą będą musiały sobie radzić polskie sądy. Dopóki nie pojawią się podobne do ustawy o usługach turystycznych autonomiczne regulacje,

¹⁴⁴ E. Łętowska: *Prawo umów...*, op. cit., s. 414 oraz M. Nesterowicz (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, Warszawa 2001, s. 651.

¹⁴⁵ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania*, Przegląd Sądowy 2006, nr 5, s. 36 i 37.

¹⁴⁶ Odmienne: U. Walczak: *Uwagi...*, op. cit., s. 119.

¹⁴⁷ Przykładowe sytuacje, w których dojść może do powstania odpowiedzialności deliktowej biura podróży, podają za: M. Nesterowicz: *Prawo turystyczne*, op. cit., s. 60.

¹⁴⁸ Stanowisko wyrażone przez SN w wyroku z dnia 6 lipca 1966 r. (I CR 136/64, OSPiKA 1967, z. 7–8, poz. 183).

¹⁴⁹ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 77; tenże: *Prawo turystyczne*, op. cit., s. 102.

pogłębiające tylko fragmentaryzację prawa krajowego, jest to sytuacja tymczasowo akceptowalna. Pamiętać należy jednak, że dokonana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości szeroka wykładnia zawartego w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG ogólnego pojęcia szkody znajduje zastosowanie wyłącznie na potrzeby omawianej dyrektywy¹⁵⁰ i niekoniecznie musi być generalizowana. Na to, czy przyjęte w sprawie Leitner rozwiązanie znajdzie odzwierciedlenie w dalszym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i zostanie zaakceptowane jako zasada kompensacji szkody niemajątkowej w procesie ujednolicania zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej na poziomie ogólnoeuropejskim, musimy poczekać, chociaż ze względu na obecną tendencję do rozszerzania przedmiotowego zakresu ogólnego obowiązku odszkodowawczego nie można tego wykluczyć.

Ciekawe wydaje się również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 17 grudnia 2004 r.¹⁵¹, zgodnie z którym ze względu na szczególne okoliczności sprawy nienależyte wykonanie zobowiązania *ex contractu* może być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i z tego powodu stanowić czyn niedozwolony. Takie rozstrzygnięcie wydaje się szczególnie atrakcyjne, gdyż nie narusza zasady, zgodnie z którą zadośćuczynienie pieniężne może być przyznane jedynie w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej. Rozwiązanie to oparte jest na „elastycznej” treści klauzuli zasad współżycia społecznego, która pozwala na objęcie swym zakresem również wartościowań pozaprawnych, decydujących o tym, kiedy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania umownego stanowi delikt. Takie stanowisko wywołuje jednak pewne wątpliwości, ponieważ prowadzi do zatarcia się granic pomiędzy odpowiedzialnością kontraktową i deliktową¹⁵². Deliktem jest bowiem tylko naruszenie obowiązków powszechnych, ciężących w każdej sytuacji na każdej osobie, niezależnie od tego, czy jest ona związana umową czy też nie.

W omawianym orzeczeniu Sąd Najwyższy zajmował się kwestią tego, czy nienależyte wykonanie umowy polegające na dostarczeniu powodce wadliwego aparatu ortopedycznego (protezy nogi) może w okolicznościach danej sprawy stanowić także czyn niedozwolony. Powstaje zatem pytanie, czy obowiązek dostarczenia sprawnych protez jest obowiązkiem powszechnym, który ciąży na każdym? Można oczywiście twierdzić, że obowiązek dostarczenia sprawnych protez ciąży na każdym, kto takie protezy wytwarza z przeznaczeniem dla innych osób, jednakże

¹⁵⁰ Komunikat — Spójniejsze europejskie prawo umów; Plan działania (Dz.Urz. UE z 15 marca 2003 r., C 63, s. 1) (dalej: Plan działania); [Communication from the Commission to the European Parliament and the Council — A more coherent European Contract Law; An Action Plan, COM (2003) 68 final, 12.02.2003 (OJ 2003/C 63/01)] — pkt 21.

¹⁵¹ II CK 300/04.

¹⁵² Zob. G. Gilmore: *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, 2 nd ed., 1995, którego zdaniem zacieranie granic pomiędzy odpowiedzialnością kontraktową i deliktową nieuchronnie prowadzi do powstania jednolitego reżimu odpowiedzialności w ramach tzw. *contorts*. Jednocześnie K. Zweigert i H. Kötz (w:) *An Introduction To Comparative Law*, 3rd ed., Oxford 1998, są zdania, że do takiego „złania się” odpowiedzialności nie dojdzie.

takie ujęcie „powszechnego” obowiązku wydaje się wyraźnym wykroczeniem poza tradycyjne granice rozumienia tego pojęcia i jest bliższe odpowiedzialności za produkt niebezpieczny. Należy podkreślić, że omawiane orzeczenie Sądu Najwyższego nie zrywa jednak z podstawową zasadą, według której zadośćuczynienie za krzywdę dostępne jest jedynie w ramach odpowiedzialności deliktowej. Ponadto, nie odnosi się ono również w żaden sposób do kwestii ochrony cywilnoprawnej innych, poza dobrami osobistymi, wartości niemajątkowych.

Moim zdaniem, najlepszym rozwiązaniem, przeciwdziałającym tworzeniu autonomicznych regulacji znajdujących zastosowanie jedynie do pojedynczych stosunków obligacyjnych, byłoby unormowanie umowy o usługi turystyczne („umowy o podróż”) jako mającej doniosłe znaczenie społeczne w kodeksie cywilnym. Ustawa o usługach turystycznych reguluje bowiem zarówno kwestie administracyjno-prawne dotyczące usług turystycznych, jak również zawiera regulacje dotyczące reżimu prawnego, któremu poddana jest umowa o takie usługi. Takie rozwiązanie spotkało się ze zdecydowaną krytyką przedstawicieli doktryny¹⁵³. Dlatego też wydaje się, że postulat uregulowania umowy o podróż w kodeksie cywilnym można uznać za właściwy. Jako przykład mogłoby tu służyć rozwiązanie przyjęte przez niemieckiego ustawodawcę, który w § 651a–m BGB włączył umowę o podróż do niemieckiego kodeksu cywilnego, przewidując wyraźnie w § 651f ust. 2 BGB możliwość przyznania odszkodowania za utratę przyjemności z wakacji.

PODSUMOWANIE

Wyrok w sprawie Leitner, w którym Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 5 dyrektywy 90/314/EWG należy interpretować w sposób przyznający konsumentom prawo do odszkodowania za szkodę niematerialną, będącą wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania usług, stanowiących zorganizowaną usługę turystyczną („package holiday”), jest wiążący dla sądu w Linz. Wyrok nie jest jednak jedynie rozstrzygnięciem konkretnej sprawy, zawiera bowiem wykładnię zawartego w treści art. 5 dyrektywy 90/314/EWG pojęcia szkody i dlatego też wiąże wszystkie sądy w Unii Europejskiej, które rozstrzygają spory dotyczące szkód niemajątkowych doznanych przez turystów.

Polski sędzia, rozpatrujący powództwo o odszkodowanie za „utratę przyjemności” lub „wypoczynku” podczas wycieczki turystycznej, stanowiącej zorganizowaną usługę turystyczną, znajduje się zatem w analogicznej sytuacji co sędzia austriacki. Polskie prawo nie zawiera bowiem szczególnego przepisu przyznającego odszkodowanie pieniężne za szkodę niematerialną powstałą w wyniku niewykona-

¹⁵³ Por. E. Łętowska: *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 499; M. Nesterowicz (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, Warszawa 2004, s. 803–804.

nia umowy. Zgodnie zatem z dokonaną przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości wykładnią pojęcia szkody zawartego w treści art. 5 dyrektywy 90/314/EWG, za każdym razem, gdy polski sąd uzna, że w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wystąpiła szkoda w postaci zmarnowanego urlopu, musi przyznać na podstawie pozostającej w zgodzie z wykładnią Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości interpretacji treści art. 471 k.c. odszkodowanie za szkodę niemajątkową.

Podkreślić należy, że orzeczenie w sprawie Leitner doskonale wpisuje się w zapoczątkowaną przez Komisję Europejską wraz z publikacją w dniu 11 lipca 2001 r. Komunikatu o europejskim prawie umów¹⁵⁴ debatę o potrzebie ujednolicenia europejskiego prawa umów¹⁵⁵ i możliwości stworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego¹⁵⁶. W ramach dążenia do osiągnięcia większej spójności istniejącego i przyszłego *acquis communautaire* w zakresie europejskiego prawa umów prowadzone są obecnie prace nad stworzeniem tzw. Wspólnego Systemu Odniesień (*Common Frame of Reference*)¹⁵⁷, który miałby zawierać najlepsze rozwiązania w zakresie wspólnej, powszechnej terminologii i zasad europejskiego prawa umów¹⁵⁸. W zakresie prawa umów i regulacji dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej obowiązujące *acquis* jest bardzo zróżnicowane. Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Simone Leitner stanowi doskonały przykład trudności interpretacyjnych związanych z prawem wtórnym. Jest ono tym ważniejsze, że do tej pory wspólnotowy ustawodawca unikał podjęcia dyskusji dotyczącej centralnych pojęć prawa umów. Z tego właśnie względu dokonana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie Leitner wykładnia definicji pojęcia szkody stanowi wielki postęp i wyznacza dalszy kierunek rozważań nad stworzeniem jednolitego pojęcia szkody, a w dalszej przyszłości również jednolitych ram odpowiedzialności odszkodowawczej w Europie.

¹⁵⁴ Komunikat o europejskim prawie umów (Dz.Urz. UE z 13 września 2001 r., C 255, s. 1); [Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398 final, 11.07.2001 (OJ 2001/C 255/01)].

¹⁵⁵ Główne założenia i cele Komunikatu o europejskim prawie umów zostały omówione przez D. Staudenmayer (w:) *Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht*, EuZW 2001, s. 485–489. Por. D. Staudenmayer: *The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?*, (2002) *European Review of Private Law* (dalej: ERPL), s. 249 i n.

¹⁵⁶ Por. przykładowo: B. Lurger: *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrecht in der Europäischen Union*, Wiedch 2002; O. Lando: *Why does Europe Need a Civil Code* (w:) S. Grundmann, J. Stuyck (red.): *An Academic Green Paper on European Contract Law*, den Haag 2002, s. 207 i n.; G. Alpa: *Harmonisation of Contract Law and the Plan for a European Civil Code*, (2004) *European Business Law Review*, s. 33 i n.; J. Pisuliński: *Kilka pytań o Europejski Kodeks Cywilny*, TPP 2006, nr 2, s. 99–107.

¹⁵⁷ Zob.: D. Staudenmayer: *The Way Forward in European Contract Law*, 2 ERPL (2005), s. 95 i n.; R. Schulze: *Gemeinsames Referenzrahmen und acquis communautaire*, 1 ZEuP (2007), s. 130 i n. Krytyczne uwagi dotyczące powstania CFR znaleźć można w: P.M. Wiesner: *Ist das Europäische Zivilgesetzbuch noch zu stoppen?*, *Der Betriebsberater* 2005, z. 16, s. 871–875; Ch. von Bar, H. Schulte-Nölke: *Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, s. 165–168; S. Grundmann: *The Optional European Code on the Basis of the Acquis Communautaire — Starting Point and Trends*, *European Law Journal* 2004, s. 698 i n.

¹⁵⁸ Plan działania — pkt 62.